الجلد الرابع من شرح الكبير عوف ٢٥

برسم الخزانة العالية السيفية تمربغا
الدوادار السيفي بامور

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين
والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان
الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد
وتعلم واستعاد أعظم الله تعالى أجره يوم التناد
حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش
بأوقاف الحرمين الشريفين
غفر لهما

نسلم

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وبه نستعين

باب ما من بيع اهل الذمه والمسلمين مما يحرم بعضه بعض

النراى اصل الباب ان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها لقوله صلى الله عليه
وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه مامور بالاجتناب منهي
عن الاقتراب والاعزاز وفي البيع اعزاز واقتراب فكل قبض تجرد عن معنى التمليك
والتملك في الخمر والخنزير لا يمنع المسلم منه وكل قبض تضمن معنى التمليك والتملك يمنع
منه لانه منع عن حقيقة التمليك والتملك فيمنع عما يشبهه ترجيحا للحرمة احتياطا والقبض
بحكم البيع يشبه البيع لانه يفيد ملك التصرف ويؤكد ملك الرقبة لا يكون
محلا للعقد لا يكون محلا للقبض فيمنع منه الا ترى ان اية الربوا نزلت وكان
البعض مقبوضا والبعض غير مقبوض فمنعوا عن قبض ما لم يكن مقبوضا
لا يلزم على هذا ما ذكرنا في الابواب المتقدمه اذا اشترى ارضا او نخلا او عبدا فقبل
فلم يقبض حتى اثمر الكرم او دخل حيث يكون للمشتري قبضه وهذه الزياده
الحادثه لو وجدت عند البيع يحرم البيع ثم لم يحرم القبض بحكم البيع لان
ما هو المحرم للبيع لم يوجد عند القبض وكذا الربوا لان الربوا اسم لمال مملوك
بالبيع بغير عوض وهذه الزياده الحادثه عند القبض لم يملك بالبيع وان
ملك حكما لملك النخل وانما هو حكم الملك الاصل من الزياده لا يكون
ربوا كما الواهب كما ان دخل بعد القبض ولانا ندعي انما لا يجوز محلا للعقد
لا يكون محلا للقبض وهذه الثمرة الحادثة محل العقد بخلاف الخمر والمحرم ممنوع
عن تناول الصيد وتملكه غير ممنوع عن تملك الخمر شربا او حرف
اخوان شرط صحه التوكيل بالمعاوضات عند ابي حنيفه رحمه الله اهليه الوكيل
للتصرف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر اهليه الوكيل والموكل
جميعا للتصرف المامور به الا ان عند ابي يوسف رحمه الله اذا وكله ليشتري
شيئا لو باشر الموكل بنفسه يكون فاسدا ولو باشر الوكيل يكون جائزا يجعل
الوكيل مشتريا ترجيحا للجواز على الفساد وعند محمد رحمه الله يقع للموكل
بصفه الفساد لان التوكيل كما يقع بالجائز يقع بالفاسد فكما الوكيل

بان يشتري له عبدا الى العطا فاشترى يقع الملك للموكل فاسدا لما ان التوكيل
تفويض واقامة الوكيل مقام نفسه ولهذا لو قال لغيره فوضت اليك
يكون توكيلا والمسلم لا يملك هذا العقد بنفسه فلا يملك توكيل
غيره به وتفويضه اليه كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية
وكذا المسلم اذا وكل نصرانيا بكتابة عبد عبده النصراني على خمر لا يصح ولذا
لو وهب نصراني لمسلم خمرا او وكل نصرانيا بقبضها لا يصح وهذا لانه لو نفذ
عقده على الامر لملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز ان يملك المسلم الخمر بعقده
النكاح وهذا منهما نوع استحسان لانهما يقولان في البيع والشرى طرفان
طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار
طرف الملك اولى لان العقد لسبب الملك له الملك في المحل هو المقصود
واذا وجب مراعاة جانب العقد فلان يجب مراعاة جانب الملك اولى لابي
حنيفه رحمه الله ان الوكيل بالمعاوضه متصرف بطريق الاصالة ولهذا ترجع
اليه الحقوق ويستغني عن الاضافه الى الموكل وانما التوكيل في نفاذ تصرفه
على الموكل والنبي وهي العقد هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه الا
ان يشتريه لنفسه فيملك ان يشتريه لغيره وهذا لانه مباشره
العقد باعتبار اهليته وكون ما هو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه
وذلك لا يختلف بما يشتريه لنفسه او لغيره وبعوده شرعا باعتبار ولايته
الاصليه لا ان يثبت له بالامر ولانه انما يمتنع من قبل هنا لان الممتنع هنا
بسبب الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من اهل ان يملك الخمر الا ترى
انه اذا تخمر عصيره بقي مملوكا له واذا مات مورثه عن خمر ملكها بالارث
وهنا ان اعتبرنا جانب العقد من اهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه
وان اعتبرنا جانب الملك فالمسلم من اهل تملك الخمر فيصح التوكيل الا ترى ان
في جانب افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما تعتبر جانب العقد دون الملك
فكذا في جانب تصحيح الوكاله وبه فارق النكاح فالوكيل فيه سفير ومعبر
فكان العاقد هو الموكل وكذا في الكتابه والقبض لانه سفير ومعبر ولهذا لا يرجع

الحقوق اليه ولا تستغنى عن الاضافة الى الموكل بمنزلة الرسول وبما لا بان
التوكيل تفويض وانابة فليس لذلك بل الوكيل كان مالكا قبل التوكيل
وقوله الموكل ملك الخمر بالعقد وليس لذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد
ثم الموكل يخلفه في ذلك والمسلم من اهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا اذن
لعبده الكافر في التجارة فاشترى خمرا فان المولى يملكها على سبيل الخلافة عنه
وكذا في المكاتب اذا كان كافرا فاشترى خمرا ثم عجز ورد الى المسلم يملكها
خلافة عنه الا انهما فرقا وقالا العبد والمكاتب يتصرفان لانفسهما ولهذا
لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما اما الوكيل متصرف
للموكل حتى يرجع عليه بما لحقه من العهدة ويكون الموكل في قرار العهدة لانه باشر
بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على الخمر فاذا انفذ ينبغي على الاصل بعد عليه
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله نصراني اشترى من نصراني خمرا فلم
يقبضها حتى اسلم البائع او المشتري او اسلما بطل البيع يريد به بطلانه القاضي
لان اسلامهما او اسلام احدهما يحرم بيع الخمر وشراءها فيحرم قبضه ايضا لحكم
البيع لما فيه من معنى التمليك والتملك على ما ذكرنا فيعجز المشتري عن قبضه وكان
له ان يفسخ وهذا على قولهما اما على قول محمد رحمه الله ينبغي ان يفسد العقد لان
عنده اذا اعترض على العقد قبل القبض ما يوجب الفساد لو كان موجودا
وقت العقد يفسد العقد فيفسد ايضا باعتراضه لما نذكر ان شاء الله تعالى
حتى لو صارت خلا قبل القبض للمشتري ان يقبض عندهما خلافا له وعلى
هذا المسلم اذا اشترى من مسلم عصيرا فصار خمرا قبل القبض ان البيع باطل
وهو قول محمد رحمه الله وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان البيع بحاله
وكان الكرخي رحمه الله يقول معنى قوله في الاصل البيع باطل اي للمشتري
ان يبطله قال القدوري رحمه الله في شرحه والذي قاله ابو الحسن رحمه الله غير
ظاهر فقد استدل بمسئلة ذكرها رحمه الله في الاصل وهو انه قال لو صارت
خلا قبل الفسخ كان للمشتري ان يأخذ قال ابو الحسن رحمه الله فلو كان
العقد قد بطل لم يملك المشتري اخذه وهذا الذي ذكره صحيح لانه لا يمتنع ان يفسد

العقد

2

العقد لمعنى ويصح بزواله كما قالوا في الشروط الملحقة بالعقد كالبيع بشرط الخيار
اكثر من ثلثة ايام والبيع الى الحصاد والدياس والجذع في السقف والحلية في السيف
اذا لم يمكن نزعه الا بضرر وهو قول بعض المشايخ رحمهم الله وقال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله ولا وجه ان يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم في الحال
لان اثر الخيار في البيع من ابرام العقد لا في افساد العقد وانما المفسد هو الخيار
في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضي الايام الثلثة وابر الضرر ايضا في
البيع من المبيع الا بابرام المفسد الا فضا الى المنازعة لمحمد رحمه الله ان العقد فسد
بالخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستئناف وهذا لان الخمر قبل القبض كالموجود
عند العقد ولو اشترى المسلم خمرا فتخلل لا ينعقد العقد فهاهنا ان اصل العقد كان
صحيحا ثم بالتخمر فان القبض المستحق بالعقد لما رض على شرف الزوال وهو انعدام
المالية والتقوم فاذا زال طارئا لم يجز كالوابق المبيع قبل القبض ثم عاد الا انه
يخير المشتري لتغير صفة المبيع في ضمان البائع ولهذا لو خاصمه قبل ان يصير خلا
وفسخ القاضي البيع بينهما ثم صار خلا لا سبيل له عليه لانفساخ العقد كما في
الآبق اذا عاد بعد الفسخ وبه فارق ما لو كان خمرا في الابتداء لانه ما انعقد
صحيحا الا ترى انه لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لا يصح والصدر الشهيد رحمه
الله ذكر في مسئلة الكتاب يريد به بطلانه القاضي وهو موافق لقول الكرخي رحمه
الله وشيخ الاسلام على الاسبيجابي رحمه الله اجرى على اطلاقه وعلل بما ذكرنا
ان القبض يشبه العقد وقال ولا يلزم انه لو تخمر العصير قبل القبض كان البيع لا
يبطل وان بطل اعتبارا بحالة البيع ولهذا يعني لو اقترن بالعقد ابطله فاذا اقترن
بالقبض وله شبه العقد وجب ان يبطل العقد لانه انما لم يبطل ولم يمنع القبض
اعتبارا لما قلنا انه يعني انه موجب للعقد في ابتداء العقد احتمال التخلل
لانه عسى يتخلل قبل القبض فلا يبطل العقد باعتبار المآل فان قيل الاسلام
في كونه يعني مانعا موقت ايضا فانه مانع عن قبض الخمر واذا تخلل لا يبقى
مانعا فوجب ان لا ينفي العقد لاحتمال التخلل قلنا بان المانع الاسلام مع وصف
الخمرية ولانه ما لم يوجد الامرين لا يتحقق لكن بحال المانع الى احد الوصفين

ان كان اخر الوصفين هو الاسلام وهو مؤبد ولا يكون في بقاء العقد فائدة لما بعد
المانع فيبطل العقد كما في الهلاك وان كان اخر الوصفين الحرم فهو معنى بعرض
عادة فيكون في بقاء العقد فائدة فيبقى كما في الاباق او نقول الاسلام ينافي
اهلية تمليك الخمر وتملكه من كل وجه مجازا ان يعمل بعضه هذا المنافي حقيقة العقد
في شبهته ويكون هذا قولا بالمعنى في ابتداء الاسم لان الحالة التي بعد العقد قبل
القبض لها شبهة الابتداء لان حكم العقد في الحصول بعد والحرمة معنى ينافي
المحلية من وجه دون وجه لانه مال لكن لا قيمة له باعتبار المالية محل للعقد
وباعتبار عدم القيمة ليس بمحل والحالة التي بعد العقد قبل العقد لها شبه
الابتداء وليست بحقيقة الابتداء والمحلية من كل وجه شرط الابتداء العقد
من كل وجه لا من وجه دون وجه لانه حالة البقاء حقيقة وان كان له شبهة
الابتداء فاذا قارن الابتداء المحض وقع الشك في انعقاده فلا ينعقد بالشك
واذا قارن حالة البقاء وقع الشك في بطلانه فلا يبطل الا ان هذا الفرق
شامل للصورتين ولا يوجب الفرق بينهما واذا اشترى النصراني لنصراني
خمرا بامره فلم يقبض الوكيل الخمر حتى اسلم البايع او الوكيل فسد العقد لان
باسلام احدهما صار بحال لا يبتدأ عليه عقد جايز ولا يجوز قبضه بحكم العقد
فيفسد ضرورة كما لو اشترى لنفسه وان اسلم الامر لم يبطل العقد عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبطل لان اسلام الموكل يمنع لا يمنع ابتدا
العقد من الوكيل ولان يمنع البقاء الذي له شبهة الابتداء اولى وعندهما
يمنع الابتداء فيمنع البقاء بها فرقا بينهما اذا اشترى الموكل المسلم وبينهما
اذا اشترى النصراني ثم اسلم قبل القبض فهناك لا يصير مشتريا لنفسه
وهنا فالا يبطل لان هناك حين اشترى وقع شراؤه للامر لنفسه فبعد
ذلك لا يتحول اليه بطلان البيع وفساده وهنا حين ما اشترى
وقع شراؤه لنفسه لبطلان الوكالة واذا بقي العقد عند ابي حنيفة رحمه
الله ياخذ الوكيل الخمر ويدفعها الى الموكل حتى يخللها او ياخذ منه الثمن لانه
ممنوع عن الانتفاع كما لو ورث خمرا او تخمر عصيره وعليه الثمن للوكيل

لان

لان الملك صار اليه من جهته فيلزمه البدل كما لو اشترى مورثه مسلم وكل نصرانيا
بان يشتري له عبدا بالف رطل خمر وسط بغير عينها فاشترى صح في قول ابي حنيفة
رحمه الله ويجب للبايع على الوكيل عين الخمر لانه من اهله وصرف الخمر اليه وعليه ويرجع
على الموكل بقيمة الخمر لانه ممنوع عن تمليكها فكان عليه القيمة كما لو استقرض
نصراني من نصراني ثم اسلم المستقرض كان عليه قيمة الخمر لان خمر الذمي يجوز
ان يكون مضمونا على المسلم بالقيمة كما في الاستهلاك والغصب وعند محمد
رحمه الله العقد يقع للموكل بصفة الفساد كما لو اشتراه الموكل بنفسه
فيكون مضمونا بالقيمة فيجب للبايع على الوكيل ثم يرجع الوكيل على الموكل
وعند ابي حنيفة رحمه الله يصير مشتريا لنفسه حلال وكل حلالا بان
يشتري له صيدا فاشترى ولم يقبضه حتى احرم البايع او المشتري بطل البيع
من بينهما ان يقبض لان احرام احدهما يحرم ابتداء العقد فيحرم القبض ولو لم يحرم
احدهما ولكن احرم الامر بعد ابي حنيفة رحمه الله بقي البيع بحاله وعندهما
يحرم القبض لان احرام الامر لا يمنع ابتداء التوكيل وبقاء شري الوكيل ولا يمنع
البقاء وعندهما يمنع الابتداء فيمنع البقاء عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بقي
العقد جايزا فان حل الامر قبل اخذ المشتري الصيد ياخذه المشتري من البايع
وياخذه منه الامر فيسلم له وكذا ان حل بعد اخذ المشتري قبل اخذ الامر منه يسلم
له اذا حل قبل قبض الوكيل ولا باس بالعزم بيع على الصيد لا حقيقة ولا حكما
ولو كان له عليه يد حكمية بان احرم وله في بيته صيد او معه قفص فيه صيد لا
يلزمه شيء فهنا اولى واما اذا حل بعد قبضه فلانه كان في يد حكما لا حقيقة ولا
يجب عليه الارسال ولو قبضه الامر وهو محرم ارسله لان على المحرم ازالة اليد الحقيقية
عما في يده من الصيود فان لم يرسل حتى مات في يده قبل ان يحل او بعده او ارسله ومات
قبل ان يصل الى المحرم فعليه الجزاء وان مات في يد المشتري قبل ان يقبضه الامر
لم يجب على الامر الجزاء لان في الوجه الاول وجب الارسال واذا لم يرسل
وجب الجزاء وفي الوجه الثاني لم يجب الارسال فلا يجب الجزاء اما عندهما اذا
فسد البيع يكون للبايع ويرد الثمن ان كان قبضه فرق بين هذا وبينما اذا

وكل المحرم رجلا ليشتري له الصيد فاشترى يكون مشتريا لنفسه وهذا اتفاقا لا
يبطل البيع والفرق بينهما ما ذكرنا في الخمر وفي شرح الكرخي رحمه الله ان باع رجل
صيدا في الحل وهو في الحرم جاز ذلك في رواية ابي الحسن عن ابي حنيفة رحمهما
الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان البائع قد تعرض له حرمة الحرم وحرمة الحرم يتعلق
بما يحرم الاصطياد فصار كحرمة الاحرام ولو ثبت الحائط حرمة الاحرام
لم يجز عقده على الصيد فكذلك هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الحلال في الحرم
لو امر باتلاف صيد الحل جاز والعقد عليه دون الاتلاف فهو اولى بالجواز وروى
ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيمن احرم وفي يده صيد لغيره فباعه مالكه وهو
حلال جاز ويجبر المحرم على تسليمه وعليه الجزاء ان تلف في يده لان البائع ليس
بمحرم وقد عقد على ملكه والصيد امانة في يد المحرم والاحرام لا يمنع وجوب
رد الامانة الا انه يضمن اذا تلف لانه صار مضمونا عليه بالامساك فلا يبرأ
عن الضمان مع بقاء الاحرام الا بالارسال وفي المبسوط اذا اسلم النصراني
في خمر بكيل معلوم فهو جائز عندنا لان الخمر مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل
والعصير عندنا وان اسلم احدهما قبل وجوده عند العقد وهذا لان قبض
المسلم فيه قبض عين ذلك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه دينا وانما يتعين ملكه
بالقبض فان كان رب السلم هو الذي اسلم فالمسلم لا يتملك الخمر بحكم عقده
وان كان المسلم اليه هو الذي اسلم فليس له ان يملك الخمر من غيره بعقد فيتحقق
فوات قبض المسلم فيه وذلك يبطل العقد لان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق
فوات قبض المبيع يبطل العقد كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين
وان كان قبض بعضه بطل ما بقي وجاز فيما قبض لان ملكه تم في المقبوض
قبل اسلامه بعد ذلك لا يبطل وهذا لان السبب الطارئ بمنزلة المقارن للعقد
عند الغائب بالرد قال الله تعالى وذروا ما بقي من الربوا الآية فمن قبل
حكم الربوا ... تركهم ما لم يقبضوا الا ردا ما قبضوا وقال الله تعالى قل
للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف والله اعلم

باب الرجلين يكون بينهما الجارية فيقر عليها كل واحد منهما انها ام ولد لاحدهما

اصل الباب ان من تكلم بكلام محتمل يجعل يرجع في البيان اليه لانه هو المحتمل واعلم
بمراده فكان البيان اليه وحجة ... اقرار الانسان على نفسه حجة وعلى
غيره لا الا اذا صدقه ذلك الغير او قامت عليه البينة وقد ذكرناه غير مرة
وحرف اخر ان اقرار المريض باستيلاد جارية له بمنزلة الوصية لانه اقرارها
بحق الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فكان نظير ما بمنزلة التدبير والاعتاق
الا اذا كان معها ولد ولدته في ملكه فحينئذ يجعل ذلك اقرارا بالنسب مقصودا
ويجعل الحرية تبعا ولا يبقى له حكم الوصية حتى يصح ذلك من جميع المال لانه
من باب صرف ماله الى حاجة نفسه وحاجته مقدمة على حاجة الورثة والوصية
الا ترى انه لو تزوج امرأة بمهر مثلها تعتبر من جميع المال لحاجته ولهذا لان
قيام الولد على صدق مقالته لان ولادة الجارية في ملكه دليل ظاهر ان العلوق
منه فخرج كلامه من ان يكون تبرعا الا ترى ان الامة لو اقامت البينة انها ام ولده
او على اقراره بذلك في صحته تعتبر من جميع المال بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد
الا ترى انه اذا ادعى نسب الولد بعد ما اكثر والعلوق في ملكه يثبت
النسب بدون تصديقه ولو لم يكن العلوق في ملكه لا يثبت الا بتصديقه فالذي
ذكر في الزيادات وذكر في الاصل اذا قال لعبده هذا ابني وانه مجهول
النسب وهو يصلح ولدا لمثله الا انه كبير يعبر عن نفسه الصحيح انه لا يتوقف
اثبات النسب على تصديقه وذكر الغلام لكنه يريد برده وفرق بينه وبينه اذا
قال هذا ابي فانه يتوقف على التصديق وذكر الزيادات جارية بين رجلين
قال احدهما هي ام ولدي او لشريكي فان صدقه فهي ام ولد بينهما لان الاستيلاد
يحتمل الا ترى ان الجارية المشتركة اذا ولدت فادعياه معا يصير ام ولد لهما
فاذا صدقه صار كانهما اقرا معا بخلاف ما لو ولدت وقال احدهما هو ابني وابنك
او ابنك وابني فانه يثبت النسب من المقر صدقه شريكه او كذبه ويصير ام ولد
له لانه اقر بنسب الولد مقصودا وانه لا يحتمل الشركة فاذا وجدت دعوى
المقر ينفرد يبطل ما زاد عليه واذا ثبت النسب تبعه امومية الولد بخلاف
ما لو اقر بامومية الولد مقصودا واذا ادعى احدهما ولد الجارية المشتركة

بثبت النسب منه وصارت الجارية ام ولد له يضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك
واذا ادعياه معا ثبت الولد منهما ولا يضمن احدهما لصاحبه شيئا لوقوع الدعوة
اذا عرفنا هذا فنقول محمد رحمه الله جاريتين بين رجلين فقال احدهما احداهما هي ام ولد
لاحدنا رجع في البيان اليهما لان الاجمال حاصل من جهتهما فان قال احدهما هي ام ولدي
وام ولد شريكي وصدقه شريكه في ذلك صارت ام ولد له كما لو تفرد بالاقرار
وان قال احدهما هي ام ولدي وقال الاخر ام ولدي صارت ام ولدهما كانهما ادعيا في الابتدا
معا وان مات احدهما قبل البيان واقر له ورثة الميت فان المولى الحي يوقف
على قوله يريد انه يرجع في البيان اليه دون ورثة الميت لان البيان انما يثبت
بسبب الاجمال والاجمال حاصل من الحي والميت لا من الورثة ويتعذر الرجوع
الى الميت فيرجع الى الحي فان قيل ان كان لا يرجع اليهم بطريق الاصالة وجب
ان يرجع اليهم بطريق الخلافة لان البيان كان حقا للميت قبل الموت
بسبب الاجمال وورثته يقومون مقامه بطريق الخلافة في حقوقه الا
ترى انه لو اشترى عبدين على انه بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهما شاء ويرد الاخر
ومات قبل البيان ينتقل البيان الى ورثته وان كان الاجمال من الميت لا من
الورثة قيل له الورثة يقومون مقام الميت بطريق الخلافة في محل الحق ثم
يحدث الحق لهم ابتدا الا بطريق الارث وهنا المحل الذي ثبت الخيار فيه وهي
البيان وهي الجارية لم ينتقل الى الورثة لانه لا يخلو اما ان المراد بها الاقرار لا
للشريك الحي او الميت فان كان المراد الحي كانت الجارية له ام ولد له وان كان
المراد الميت كانت له ام ولد له وقد عتقت بموته وكانوا اجنبين عنها فلا يلتفت
الى قولهم وصار بمنزلة من اعتق احد عبديه يرجع في البيان اليه ما دام حيا فان
مات قبل البيان لا ينتقل البيان الى الورثة لانهم لم يملكوا المحل الذي ثبت
فيه البيان لان كل واحد منهما قبل البيان بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يورث
بخلاف خيار التعيين في البيع لان الورثة ملكوا احد العبدين لا بعينه فيثبت
لهم خيار التعيين ابتدا فخيار التعيين ليس الا تعيين ملكه من جهة البايع واذا
وجب الرجوع في البيان الى الحي فبعد ذلك المسئلة على وجهين اما ان قال هي

ام ولد للميت او قال هي ام ولدي فالوجه الاول على قسمين اما ان كان الاقرار منهما في
حال صحة الميت او في حال مرضه اما القسم الاول من هذا الوجه وهو ما اذا كان
الاقرار منهما في صحة الميت فقال هي ام ولد شريكي يحتاج الى بيان حكم العتق
وحكم السعاية وحكم الضمان اما حكم العتق فالجارية تعتق لان الحي مع الورثة
تصادقوا على عتقها اما الحي فلا شك واما الورثة فكذلك لانهم ان صدقوا الحي
في البيان وان كذبوه وقالوا ام ولدك فكذلك لانهم زعموا انها ام ولد الحي وانها
مملوكته وهي اقرار عتقها كان معلقا بموت ابيهم ومولى الجارية اذا علق
عتقها بالشرط وجود الشرط او اقر بوجوده تعتق الجارية واما حكم السعاية
فالجارية لا تسعى للورثة فيما زاد على ثلث ماله ويكون حره من جميع المال لان
الحي مع الورثة تصادقوا ان السعاية عليها اما الحي فلانه يقول الميت تحصن
من الجارية ولي عليه الضمان فاذا مات صار دينا في تركته فقد ادعى على الورثة
نصف قيمة الجارية ونصف عقرها واقراره لا يقبل على الجارية فاقراره
يكون انها ام ولد الميت يتضمن شيئين احدهما وجوب ضمان نصف القيمة والاخر
براة الجارية عن السعاية فيصدق فيما كان عليه ولم يصدق فيما كان على غيره الا ان
تصدقه الورثة واما الورثة فلانهم اقروا ابرائها عن السعاية لانهم ان صدقوا
الحي في البيان فلا شك وان كذبوه وقالوا انها ام ولدك فقد زعموا ان نصيب
ابيهم ان صار ملكا للحي بالضمان وقد عتقت الجارية باقرار الحي ولا سعاية عليها واما
حكم الضمان ان صدقوا الحي في البيان ضمنوا نصف قيمة الجارية للحي من تركة ابيهم
وان كذبوه فلا ضمان لواحد منهم على صاحبه لان كل واحد منهما يدعي الضمان على
صاحبه وصاحبه ينكره واما القسم الثاني من هذا الوجه وهو ما اذا كان الاقرار
منهما في حال مرض الميت اما حكم العتق فعلى ما مر في القسم الاول لما قلنا اما حكم
السعاية فهو على التفصيل ان كذب ورثة الميت الحي فقالوا انها ام ولدك
اقر ابونا انها لك في حياته في حكم السعاية ايضا ما مر في القسم الاول لانهم
تصادقوا على براة الجارية عن السعاية لما قلنا وان صدقوا وقالوا هي ام ولد
ابينا وقد اقر ابونا بذلك لم يعتبر ان صدقوا الاب فيما اقر وقالوا صدق ابونا

في اقراره انها ام ولده وكذلك الجواب لان المريض متى اقر بامومية الولد لجاريته
في مرض موته وليس معها ولدها لا يصدق في اقراره ويعتق من ثلث ماله لحق الورثة
لانه تعلق حق الورثة بماله فاذا اسقطوه فقد ابطلوا حق انفسهم فيعتق من
غير سعاية كما في القسم الاول الا ترى انه لو اقر في مرض انه اعتق مملوكه
في صحته او ابرا غريمه عن الدين في صحته او وهب هذا العين لفلان في صحته وسلمته
وصدقه الورثة يصح اقراره من جميع المال كذلك هاهنا وان كذبوا الاب فيما اقر
وقالوا اكذب ابونا في اقراره والجارية لم تكن ام ولده عتقت من ثلث المال وتسعى فيما
زاد على الثلث لان المريض متى اقر بامومية جارية في المرض وليس معها ولد
وكذبه الورثة في ذلك لا يصدق على الورثة في ابطال حقهم فيما زاد على
الثلث لان الاقرار به في المرض كون اقرارها بالعتق يحتسب فيكون بمنزلة انشا
العتق فيكون له حكم الوصية وان كان للميت مال يخرج هي من الثلث عتقت من
غير سعاية وان لم يكن له مال سواها سعت في نصف قيمتها للشريك الحي لان ذلك
دين للشريك وزعمها في الترك فيسعى في ذلك وفي ثلثي النصف حقا للورثة ويعتق
ثلثها مجانا وان حكم الضمان فعلى ما ذكرنا في القسم الاول واما الوجه الثاني وهو
ما اذا قال الحي الجارية ام ولدي صدق على ذلك وكانت الجارية ام ولد له
صدقه ورثة الميت او كذبوه لانه لو ادعى ذلك في حال حيوة الشريك صارت
ام ولد له صدقه شريكه في ذلك او كذبه لقيام ملكه في نصف الجارية فكذا اذا
وجدت منه الدعوى بعد موته ان ملكه قائم في نصف الجارية لانا نصفها
كان ملكا له ووقع الشك في زواله بعد موته لانها ان كانت ام ولد الميت يزول
ملكه والا فلا يزول ملكه بالشك واذا بقي ملكه صحت الدعوى ونصيبه متملكا
نصيب الشريك فيضمن نصف قيمتها موسرا كان او معسرا وله ان يطاها
ويستخدمها كما في حال حيوته وهذا لانه قد فسر قوله المبهم فاستند التفسير
الى وقت الاقرار فصارت دعوته دعوى مفسر ودعوى الميت مبهم والمفسر
اولى من المبهم ولا يغرم الحي العقر لو ادعى لنفسه ولا الورثة ان اقر انها
ام ولد شريكه وصدقه الورثة لانه يحتمل ان الوطي حصل في حالة لم يكن

مشتركة بينهما هذا اذا لم تكن الجارية ولدت في ملكهما فان كانت ولدت في
ملكهما والمسئلة بحالها فان كان الاقرار منهما في حالة الصحة ثم مات احدهما فالولد
حر على كل حال ولا سعاية عليها لانهما تصادقا ان الولد علق حر الاصل
سوا كان المعين بهذا الاقرار الحي او الميت فيعتق الولد عند الاقرار بلا توقف
نفي التوقف في شان النسب لان ثبوت النسب منه مجهول فيتوقف امر النسب
على البيان ويرجع في البيان اليهما ما داما حيين وان مات احدهما يرجع في البيان
الى الحي لما قلنا فان قال الحي هو ولدي يثبت نسبه منه وصارت الجارية ام ولد
له بحالها ويستخدمها ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للورثة ولا يضمن
من قيمة الولد شيئا صدقه في ذلك ورثة الميت او كذبوه لان هذه الدعوى
من الحي لو وجدت في حال حيوة الميت كان الجواب كذلك لقيام ملكه في
نصف الجارية لما قلنا في المسئلة الاولى فكذلك هاهنا ذكر في هذه المسئلة ان
الحي يضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للورثة وذكر في المسئلة الاولى في
هذا الوجه انه يضمن نصف قيمتها وسكت عن ذكر العقر واختلف المشايخ
رحمهم الله فيه منهم من قال التنصيص على ذكر العقر هنا تنصيص على
وجوبه ثمه ايضا ومنهم من قال انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع ووضع
المسئلة الاولى فيما اذا قال كل واحد منهما الجارية ام ولد احدنا وليس هذا
من الحوائج الاصلية فيكون بمنزلة التدبير ولهذا يعتبر من الثلث فلا يكون
اقرارا بالوطي فلا يجب العقر وهنا وضع المسئلة فيما اذا قال الولد ولد احدنا
والاقرار بالولد من الحوائج الاصلية ولهذا يعتق من جميع المال فيكون اقرارا
بالوطي فيجب العقر وسكوته عن ذكر العقر في المسئلة الاولى دليل على
عدم وجوبه وقال بعضهم وضع المسئلة في الوجه الثاني فيما اذا ولدت
الجارية في ملكهما فكان العلوق في ملكهما فكان مستندا الى وطي الجارية المشتركة
ووضع المسئلة الاولى فيما اذا اقر باستيلاد مطلقا ويحتمل ان الاستيلاد
كان قبل ملكهما بالنكاح ثم اشتراها هو وشريكه فلا يجب العقر بالشك
هذا اذا قال الحي الولد ولدي وان قال الولد ولد شريكي عتق الولد والجارية

من جميع المال بغير سعاية وكان ولاؤها موقوفا ولا ضمان على الشريك الحي
لورثة الميت من عقر ولا قيمة ولا يثبت نسب الولد من واحد منهما اما اعتاق
الولد فلانهم تصادقوا على انه علق حر الاصل فيعتق من غير سعاية واما عتق
الجارية من جميع المال من غير سعاية لان الورثة ان صدقوه فقد اقروا انها عتقت
بموت الميت من جميع المال وان كذبوه فقد زعموا انها ام ولد الحي الا انه
علق عتقها بموت ابيها فيعتق بموت ابيهم فقد اقروا ببراءة الجارية عن السعاية
الا ان الحي ادعى نصف قيمة الجارية على ورثة الميت ونصف عقرها والورثة
ادعوا عليه نصف قيمتها ونصف عقرها ايضا متى كذبوه في البيان فيصح اقرارهم
بما كان عليهم من عتق الجارية وبراءتها عن السعاية ولا يصح فيما على غيرهم واما
توقف الولاء فلان الحي اقر بولائها للميت والورثة ينكرون ذلك فيكان
موقوفا كاحد الشريكين اذا ادعى الاعتاق على الاخر وانكر شريكه واما عدم
ثبوت النسب فلان الحي اقر انه ثابت النسب من الميت وهم ينكرون ذلك فصار
كاحد الشريكين اذا ادعى الاستيلاد على شريكه وهو منكر وهذا لان كل واحد
منهما يحمل النسب على الغير وقد قال عمر رضي الله عنه لا يورث حميل الا ببينة
وان صدقه الورثة صارت ام ولد للميت وتبين انها عتقت بموت ابيهم مجانا
بغير سعاية وولاؤها للميت والولد ثابت النسب من ابيهم لانه ابنهم ويضمنون
نصف قيمتها ونصف عقرها من تركة ابيهم وان قالت الورثة اقر ابونا بذلك
ولكنه في اقراره يغرمون نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك من تركة ابيهم
ويثبت نسب الولد لانه ابنهم لا باقرارهم باقرار ابيهم في حالة الاطلاق
وحكمه هذا اذا كان القول منهما في صحة الميت فان كان في مرضه فالولد
حر الحال لانهما تصادقا على انه علق حر الاصل ويكون امر النسب موقوفا
على البيان فيرجع في البيان اليهما حال حياتهما والى الثاني بعد موت احدهما
فان قال الحي الولد ولدي كان الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الاقرار في حالة
الصحة وان قال الولد الحي الولد وكذلك كان الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الاقرار
في حالة الصحة وان قال الولد ولد شريكي فحكم الولد والجارية ما ذكرنا واما السعاية

فلا سعاية للورثة اصلا سواء صدقوا الحي او كذبوه وسواء قالوا اقر ابونا صادقا
او قالوا اكذب ابونا في الاقرار وفرق بين هذه المسألة والاولى فان ثمة اذا قالوا اقر
ابونا وكان كاذبا في اقراره فانه يعتق الجارية من الثلث والفرق ان حق الورثة
تعلق بماله باول مرضه فيما زاد على الثلث والميت بهذا الاقرار اراد ابطال
حقهم فيما زاد على الثلث في المسألة من غير بينة شرعية له على ذلك وهو الولد
فلا يصدق على ابطال حقهم ومتى لم يصدق صار كانه اقر في مرضه انه اعتق
هذه الجارية في حالة الصحة وكذبه الورثة في ذلك فيعتق من الثلث وفي المسألة
الثانية يريد ابطال حق الورثة فيما زاد على الثلث ببينة شرعية وهو علوق
الولد في ملكه وان ابطال العلوق عليك بشاهد به مشاهد البينة فيما يرجع الى
صحة الاقرار وابطال حق الورثة ولما ثبت النسب فالقياس ان لا يثبت
نسب الولد من الاخر لانه حميل كما لو اقر رجل انه اخوه او ابن ابنه وفي
الاستحسان يثبت اذا كان عدد الورثة الذين اقروا بانه ولد الميت يبلغ عدد
الشهادة بان كانا اثنين واخوين او اخا وبنتين وهل يشترط لفظ الشهادة
منهم من قال يشترط لان النسب لا يثبت في حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة
وذكر محمد رحمه الله في الطلاق وصدقها الورثة فهذا اشارة الى ان لفظة
الشهادة لا يشترط وهذا لان لفظة الشهادة انما يشترط عند قيام المنازعة
في مجلس القضاء وليس هنا منازع ولا يشترط لفظة الشهادة ويجوز ان
يشترط العدد ولا يشترط لفظ الشهادة كما في المزكي والمترجم عند محمد رحمه
الله والاخبار بعزل الوكيل والبيع ونحوها في قول ابي حنيفة رحمه الله
والبيان في الكتاب حيث قال وان قالت الورثة والورثة اثنان جميعا لانهم
وجدانه وهذا لان قولهم شهادة على الاب بحمل النسب عليه واقرار على انفسهم
من وجه لانه يشاركهم في الارث ولهذا اخذ حكم الشهادة من حيث انه شهادة
يشترط فيها العدد ومن حيث انه اقرار ولا يشترط لفظ الشهادة عملا
بهما وقال بعضهم الاصح انه لا يشترط العدد ولا لفظ الشهادة لان
بقولهم يقوى قول الميت وليس باخبار مبتدأ لان الميت يحمل ما اقر به

والاقرار من الميت حاملا في حقهم في هذه الحالة فكان لهم محل قبول موتهم وعند
صحة البيان يثبت النسب بقول المورث لا بقولهم وقول المورث حجة وصار
كما لو اقر الزوج بالحمل او كان الحبل ظاهرا فانه يثبت النسب بقول
القابلة بالاجماع لان النسب هنا لا يثبت بقولها وانما يثبت بدليل قائم
قبل الولادة كذلك هنا ولان اقرار الميت بنا ولده ولانهم في اقرارهم لانهم اقروا
على انفسهم بنقصان الميراث فصح وقيل الاصح ما قال الفقيه الجليل ابو بكر
محمد بن الفضل رحمه الله انه ان كان في الورثة من يتادى به يشترط لا العدد
ولا لفظ الشهادة في دعوى المبسوط رجل مات وترك [illegible] ام ولد فاقر الورثة
ان رجلا اعتقها قد ولدت هذا الغلام من الميت ابنه نفسه بعد ان يكون الورثة
ابنه او اخوته او اثنا وابنين لانهم لو شهدوا بالنسب في حالة الحيوة عليه كانت
شهادتهم حجة تامة فاذا اقروا به بعد الموت يكون قولهم ايضا حجة تامة في اثبات
النسب الا ان في حالة الحيوة هناك خصم جاحد فلا بد من لفظ الشهادة
وليس بعد الموت خصم جاحد ولا حاجة الى لفظ الشهادة لان في حالة الحيوة
كلامه الزام للغير والملزم للغير شرعا الشهادة فلا بد من لفظ الشهادة فاما
بعد الموت كلامه الزام للغير من وجه والتزام من وجه لانه يشاركهم في الميراث
المستحق لهم وما احد شبها من الاصلين يوفر حظه عليهما فلشبهه بالالزام
شرطنا العدد فيه حتى لا يثبت النسب باقرار الوارث الواحد ولشبهه بالالتزام
اسقطنا اعتبار لفظ الشهادة ثم ذكر في مسألة الكتاب ولدت في ملكهما
المذكوره لدت بعد ملكها لاكثر من ستة اشهر حتى يعلم ان العلوق في ملكهما
او لاقل منه حتى يكون العلوق في غير ملكهما لكن قيام الولد في ملكه
دليل صدق مقالته وذكر في المبسوط رجل له عبد في صحته فاقر في مرض موته
انه ابنه وليس بنسب معروف ومثله يولد لمثله فانه ابنه يرثه ولا يسعى
في شيء سواء كان اصل العلوق في ملكه او لم يكن لان النسب من حاجته وهو
مقدم على حق ورثته في ماله فيثبت نسبه بالدعوة لكونه غير محجور عنه ويكون
بمنزلة ابن معروف له ملكه في صحته فيكون عتقه من جميع المال لا بطريق الوصية

فلهذا لا يسعى في شيء وكذلك ان كان عليه دين يحيط بماله لان حاجته مقدمة على
حق غرمائه بدليل الجهاز والكفن ولانه ليس في اثبات النسب ابطال حق
الغرماء والورثة لانه يلاقي محلا لا حق لهم فيه وانما ذلك فيما يبنى عليه من
الحكم والذي يبنى على هذا النسب في صحته ولا حق للغرماء والورثة في ماله في
صحته فاقر في مرضه انه ابنه سواء كان اصل العلوق في ملكه او لم يكن
لان الذي يبنى على دعوى النسب هنا حقيقة الحرية للولد في صحته وحق
الحرية للام ولا حق للغرماء والورثة بهما في الصحة فاما اذا اشتراه في
مرضه فادعاه قبل [illegible] ثم مات وان كان عليه دين يحيط بماله فعليه
السعاية في جميع القيمة لان الذي يبنى على دعوته هنا عتق المرض وذلك لاقى
محلا مشغولا بحق الغرماء فلا يكون نفذا في حقهم الا ان الرق قد فسد باقراره
فعليه السعاية في جميع القيمة وان لم يكن له مال سواه ولا دين عليه لان
له ان يعتقه من ثلثه وعليه السعاية فيما زاد على الثلث من قيمته ولا يرثه الولد
في قول ابي حنيفة رحمه الله لان المستسعى في بعض قيمته عنده بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يرث وعندهما حر مديون ولا وصية للوارث فكان عليه السعاية
في قيمته ويرثه والله اعلم بالصواب

باب ما يامر الرجل الرجل ان يقضي دينه من ماله فيلزمه او لا يلزمه

اصل الباب ان الامر بقضاء الدين لازم على الامر موجب للرجوع شرط الرجوع
ام لا لكن انما يثبت له حق الرجوع على الامر اذا ثبت القضاء في حق الامر
اما اذا لم يثبت فلا لان الامر بالامر يصير مستقرضا من المامور بما وقع به
القضاء ولهذا يرجع بما ادى لا بالدين الا اذا كان المودى اجود من الدين فحينئذ يرجع
بالدين لانه متبرع بالوصف فلا يرجع عليه كما لو تبرع بالاصل ولا يرجع بمثل
الادا الا انه لم يوجد الاقراض لانه امره بقضاء دينه عنه وانما يكون
قضاء عنه اذا ثبت الملك للامر او لانه يثبت للغريم من جهته كما في
قوله اعتق عبدك عني على الف درهم والملك للامر انما يثبت باحد امرين
اما بالقرض او بالهبة والقرض اقل الامرين لكونه عارية حكما وتمليكا

يعوض والهبة تمليك بغير عوض فكان القرض مسمعا فكان اولى بالاثبات فاذا ثبت القضا في حق الامر ثبت القرض في حق الامر فيرجع عليه واذا لم يثبت القضا لم يثبت القرض فلا يرجع وفي الامر بالبيع والرهن يرجع بالدين ايضا لانه وقع القضا بالثمن والدين وفي الصلح يرجع بقيمة بدل الصلح لان القضا يتنوع على ما ياتي بيانه في خلال المسائل ان شاء الله تعالى وحرف اخر ان الاقرار اذا اتصل به التكذيب من جهة القاضي بالبينة يبطل الاقرار كما لو اتصل من جهة المقر له بل اولى لان البينة حجة في حق الناس كافة فكان تكذيبا شرعا بالحجة فيبطل وصار وجوده وعدمه عنزلة ومحمد رحمه الله اورد هذا الباب في كتاب البيوع وان لم يكن من مسايل البيوع صورة لانها من مسايل البيوع معنى لان القضا في معنى البيع لكونه مبادلة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل عليه الف درهم لرجل فامر القاضي رجلا ان يقضي عنه صاحب المال ماله فقال المامور قد فعلت وصدقه الامر وكذبه صاحب المال فالقول قول صاحب المال مع يمينه لانه اكثر وصول حقه اليه فلا يصدق فان على ابطال حقه كما اذا ادعى المديون القضا بنفسه وكذبه رب الدين كان القول قوله مع يمينه كذلك هنا واذا حلف كان له ان يرجع على الغريم بدينه فلو اراد المامور ان يرجع على الامر لانه صدقه في القضا عنه ليس له ذلك وعلل في الكتاب فقال لانه لم يبرا بقضايه من الدين اشار الى ان قضا الدين لم يثبت وبيانه من وجهين احدهما ان المامور بقضا الدين انما يرجع على الامر اذا ثبت قضاوه في حق الامر ولم يثبت لما حلف الطالب انه لم يقبضه لان القضا انما هو براة الغريم عن الدين وسقوط مطالبته عنه ولم يوجد لهذا فان لصاحب الدين ان يطالب الامر بالدين فان قيل ان القضا لم يثبت في حق صاحب الدين لا يمنع ثبوته في حق الامر لاقراره واقرار المقر حجة في حقه كالمشتري اذا اقر ان البايع قد عتق العبد قبل البيع وجحد البايع صح اقرار المشتري في حق نفسه حتى يحكم بحريته وان لم يصح في حق البايع كذلك قيل له نعم الامر اقر بذلك الا ان القاضي كذبه في هذا الزعم لما قضى بالدين عليه لصاحب الدين فبطل اقراره كما اذا ادعى

كذا نسخ

هداية

التشفيع

المشتري انه اشترى الدار بالف والبايع ادعى انه باع بالفين واقام البينة وقضى بذلك كان للمشتري ان يرجع على الشفيع ان يرجع بالفين وكذا من اشترى عبدا من رجل ونقد الثمن ثم استحق من يده بالبينة كان له ان يرجع بالثمن على البايع لان القاضي كذبه الا ان هذا الجواب غير سديد لان الاقرار انما يبطل على المقر اذا كان بالبينة كما في مسئلة الشفعة والاستحقاق لان البينة حجة في حق الناس كافة ولهذا انما قضى على الامر بخلاف اقراره بنا على استصحاب الحال لان ما ثبت فالظاهر انه بقي ولا يصير مكذبا في الاقرار كما لو اشترى عبدا وادعى ان البايع كان اعتقه قبل البيع وكذبه البايع فقضى القاضي على المشتري بالثمن لم يبطل اقرار المشتري بالعتق لانه قضى بخلاف الاقرار بنا على استصحاب الحال ولذا في الغريم اذا ادعى الايفا او الابرا وجحد صاحب الدين وحلف وقضى القاضي بالدين له على الغريم مكذبا فيما ادعى حتى لو وجد بينة على الابرا او الايفا واقام تقبل لكن هذه العلة اعتمد عليها اكثر المشايخ رحمهم الله واختلف الجواب في جنس هذه المسايل في الكتب في بعضها يشترط ان يكون القضا بالبينة وفي بعضها لم يشترط والحاصل ان القضا اذا كان بالبينة او بدليل ظاهر سوا البينة يبطل اقراره ويصير مكذبا والا فلا والقضا بالدين بمنزلة القضا بالبينة لانهما تصادقا على قيام الدين ثم ادعى القضا بخلاف مسئلة الاعتاق لانهما لم يتصادقا على صحة البيع بل المشتري انكر الانعقاد فلا يظهر القضا في ابطال العتق وفي مسئلة الدين بوجود البينة ظهر الخطا في القضا ولذا في مسئلتنا لو اقام البينة لان البينة اقوى واليمين الكاذبة اولى بالرد من البينة العادلة والوجه الثاني وهو الاصح ان المامور انما يرجع على الامر وان صدقه لان المامور بقضا الدين بمنزلة الوكيل بالشرى فان الامر وكله بان يشتري له من صاحب الدين ما في ذمته ويسلم ثمن ذلك من ماله فاذا لم يسلم للامر ما في ذمته كان له ان لا يعطي المامور بدل ما في ذمته كالوكيل بشري

الغير فانه لو وكله بان يشتري له عبد فلان بالف درهم وينقد الثمن من ماله فقال
اشتريت ونقدت الثمن وصدقه الامر وكذبه صاحب العبد فانه لا يرجع على
الامر بشي لانه انما اقر له بالثمن بشرط سلامة المبيع له ولم يسلم وكذا لو اشترى
عبدا اقر انه للبايع فاستحق من يده كان له ان يرجع على البايع بالثمن ان نقده
وان لم ينقد لا يعطي لانه انما وجب عليه الثمن بشرط سلامة المبيع له فاذا لم يسلم
له المبيع لا يجب عليه الثمن وذكر القدوري رحمه الله انه يرجع رب الدين على المديون
بالدين ويرجع المامور على المديون بما قضى وكذا لو ادعى المامور القضا وكذبه الامر
وصاحب الدين بل اولى ولو اقام المامور البينة على القضا تقبل ويبري الامر عن
دين رب الدين ويرجع المامور على الامر لان الثابت بالبينة العادلة اذا قبلت
كالثابت معاينة ولو عاين القاضي ذلك كان الحكم ما ذكرنا لذلك هنا وانما قبلت
هذه البينة لانها قامت من خصم على خصم لانها قامت على اثبات امر جرى بين
المامور وصاحب الدين فيكون المامور وكيلا على كما لو اثبت عقدا جرى بينهما
وليس لصاحب الدين ان يرجع على الامر اذا كذبه في القضا وان اقر بقيام دينه
في ذمته الا ان القاضي كذبه في اقراره بالقضا بالبينة فبطل اقراره وفي الوجه الاول
بطل حق الرجوع لصاحب الدين على المديون ان لم يعود وان ادى له ان يرجع عليه
وبينه ذمته ما اعطى ولو كان الطالب عليه وادعى المامور القضا على الامر واراد
الرجوع عليه فانكر القضا كان القول قوله فان اقام المامور البينة عليه على
القضا عنه ويقضي عليه بالرجوع وعلى الغاصب بالغصب حتى لو حضر وانكر الغصب
لا يلتفت اليه لان الحاضر انتصب خصما عن الغاصب ونذكر هذا في الضمان
والكفيل بمنزلة المامور في جميع ما ذكرنا يؤيده انه اذا ادعى انه قضى دين
المكفول له وانكر المكفول له وصدقه عنه لان الكفيل امر مامور بقضا الدين
ايضا الا ان الكفيل يرجع بما كفل اذا ادى دون الدين او ادى بخلاف جنس الدين
لانه انما يرجع باعتبار انه حل محله فيما في ذمته من الدين بقبول الحوالة لا بالادا
ولهذا يرجع لو وهب له المكفول له الدين او مات المكفول له والكفيل وارثه ويطالبه
قبل الادا والمامور انما يرجع بما ادى لانه لا شي في ذمته قبل الادا وهو متبرع

في الادا فلا يرجع بجودته ولا بغير المودي وقوله ادفع عني كقوله اقبض في جميع ما ذكرنا
ولو قال ادفع الي رب الدين الفا تقبضها من دينه الذي له علي اني ضامن لها او قال تقبضها
من دينه فقال قد نقدت وصدقه الامر وكذبه صاحب الدين فالقول قول رب الدين
ويرجع على الغريم بدينه لما قلنا ويرجع المامور على الامر فرق بين هذه المسالة وبين
مسالتين احدهما مسالة اول الباب والثانية لو قال الامر للمامور ادفع اليه الف درهم قضا
من دينه على اني ضامن لها فقال المامور قد دفعت وصدقه الامر وكذبه صاحب المال
وحلف فالقول قوله ويرجع على الغريم بدينه ولم يرجع المامور على الامر كما في مسالة
اول الباب والفرق بين المسالة الثانية والثالثة ان في المسالة الثانية امر بدفع
الف درهم مطلق على انه ضامن لها الا انه لم يصف المدفوع بصفة وهو ان يكون
قضا فانه قال ادفع الى هذا الرجل الف درهم وقوله تقبضها من الدين او من الالف
الذي له او لم تقبضها لا يصلح تفسيرا للدفع الذي ذكره اولا لانه امر وقوله
تقبضها اخبار عما يصنع المدفوع اليه في الالف فاذا لم يصلح تفسيرا بقي الامر
بالدفع مطلقا قضا وكانه قال ادفع الى فلان الف درهم اني ضامن لك ما يدفع اليه
تجب الضمان على الامر متى دفع المامور الى فلان الفا ويرجع عليه باي جهة دفع
وقد ثبت الدفع بتصادقهما وليس للدفع علامة يصير مكذبا باسقاط هذه العلامة
فيرجع عليه باقراره بخلاف قوله قضا بحقه لانه امر بدفع موصوف بصفة وهو
ان يكون قضا لان قوله قضا تفسير للدفع الذي ذكره مطلقا ولهذا انتصب ويسمى
هذا نصا على التفسير كما دفع الى فلان درهما وقوله تعالى اني رايت احد عشر كوكبا
قضا وكانه قال اقض الدين الذي لفلان علي ولم يثبت القضا بتصادقهما لانتفا
علامته وهو فراغ ذمته وعدم سلامة ما في ذمته فلا يرجع بخلاف الاول فعلى هذا لو قال
له هبة تسكنها يكون هبة الدار منه لان قوله تسكنها لا يصلح تفسيرا لقوله داري
لك لانه فعل وليس بصفة فبقي قوله داري لك مطلقا غير مقيد بوصف فيكون
هبة ومثال الثاني قوله داري لك هبة سكنى يكون اعارة لان قوله سكنى يصلح
تفسيرا لقوله داري لك وكذا قوله هبة لان الهبة تحتمل هبة الرقبة وتحتمل
هبة المنفعة وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة فيكون عارية ثم فرع محمد رحمه

وهو الفرق بين المسلتين من وجه اخر فقال لو انكر الامر الدفع والقضا واقام
للمامور البينة علي الدفع والقضا في الاول لا يبرا الغريم ويرجع المامور علي الامر
وفي الفصل الثاني يبرا الامر عن الدين والفرق وهو ان البينة انما تقبل من الخصم
وهو في المسله الاولي خصم في اثبات مطلق الدفع لانه انما يصير خصما لحاجته
الي الرجوع علي الامر وامكنه الرجوع علي الامر باثبات مطلق الدفع من غير اثبات
الدفع بجهة فلا يثبت حق الرجوع كما لو وهب المامور للطالب الف درهم الا تري
انه لو ادعي عينا في يد رجل وقال صاحب اليد هو ملك فلان ودفعه عندي واقام
البينة تقبل بينته في حق الايداع لا في اثبات الملك لفلان لان حاجته الي دفع الخصومة
وذلك يتعلق بالايداع لا بملك فلان وفي المسله الثانية احتاج المامور الي اثبات
الدفع بجهة القضا لانه لا يمكنه الرجوع علي الامر الا باثبات الدفع بجهة القضا
فصار خصما في اثبات الجهة فتقبل بينته وثبت القضا فبري الغريم رجل قال
لغريم لفلان علي الف درهم فبعه بها فهو جائز لان تقدير هذا الكلام كانه قال لصاحب
العبد بع عبدك الطالب بديني اقضي دينه بثمنه ولو صرح بهذا جاز لانه وكله
بقضا دينه من ماله فصار هذا والاول سوا والاصل ان البيع بدين علي الغير
فاسد فيكون هذا امرا ببيع فاسد لانا نقول لا نريد بهذا ان يبيعه بذلك
الدين بل نريد به ان يبيعه بمثل ذلك الدين ثم المقاصة بذلك الدين هذا هو الظاهر
حيث قصد بذلك براة ذمته عن دين الطالب فيكون هذا والامر بالقضا سوا
لانه وجب للمامور علي صاحب الدين عن العبد لان الدراهم لا يتعين في المعاوضات
عينا كان او دينا ثم يصير قصاصا بما له علي المديون كما لو وجب له بكفيفة القضا
عليه دينا ثم يصير قصاصا بما له من الدين علي الامر فان قال المامور بعت وقبضه
صاحب المال وصدقه الامر وكذبه صاحب الدين في البيع او صدقه في البيع
وكذبه في التسليم فالقول قول صاحب الدين ويرجع علي الغريم بدينه ولا يرجع
المامور علي الامر بشي اما القول قول رب المال اما اذا انكر البيع فلانه انكر القضا
حقيقة وحكما فكان القول قوله واما اذا اقر البيع وانكر القبض فلو جعلنا
احدهما ان الامر والمامور يدعيان قضا الدين وهو ينكر فكان القول قوله كما في

المسايل المتقدمه الا ان هذا الوجه غير سديد لان رب المال يستوفي منه الاقرار
بالاقتضا لانه اقر ببيع العبد منه بدينه قضا او مستوفيا دينه حكما بالمقاصة
لكنه ادعي اسقاط الاقتضا بعد ذلك بهلاك العبد قبل القبض وانكر الامر
والمامور اسقاط القضا الا تري انه لو اقر انه باع عبده من فلان بشرط الخيار
وادعي المشتري البيع البات وانكر اشتراط الخيار او ادعي المشتري الخيار وانكر
البايع كان القول قوله لانه اقر بالسبب وادعي العارض فلا يقبل قوله والوجه
الثاني هو الصحيح وهو ان رب المال انكر قبض المبيع والمشتري متي انكر قبض
المبيع كان القول قوله مع يمينه وهذا لان المقاصة انما يقع بعد تقرر الثمن علي
المشتري والتقرر انما يكون بالقبض واذا جعل القول قوله لم يثبت الاقتضا فاذا
حلف رجع علي الغريم بدينه ولا يرجع المامور علي الامر بشي لما قلنا ان قضا الدين
لم يثبت كما في مسله اول الباب ولو اقام البايع البينة علي البيع والتسليم تقبل
بينته وبرئ الامر من الدين ورجع البايع علي الامر لان الثابت بالبينة كالثابت
اذا قبلت فالثابت عيانا او قد قبلت لانها قامت من خصم علي خصم لانه يثبت فعله
علي المشتري فلو كان صاحب المال غايبا وادعي المامور البيع والتسليم واراد
الرجوع وانكر الامر واقام المامور البينة علي ما ادعي تقبل بينته ويقضي بالرجوع
علي الامر وبالبيع والتسليم علي الغايب حتي لو حضر وانكر لا يلتفت الي انكاره
لما ذكرنا انه حصل مقضيا عليه بالقضا علي الامر لما ذكرنا ان الانسان ينتصب
خصما في اثبات سبب حقه كما ينتصب في اثبات حقه الا تري الي ما روي
عن ابي يوسف رحمه الله لو ان رجلا صالح من دار ادعاها في يد رجل علي مايه
درهم وهو جاحد فلا شفعة للشفيع فيها فان اقام الشفيع البينة انها للذي
ادعاها تقبل بينته وله ان ياخذها بالشفعة بالصلح يعني بمايه درهم لانه يثبت
سبب حقه وهو حدوث الملك فيها لصاحب اليد فصار خصما فيه كما لو ادعاه
المشتري ولو امر المديون صاحب العبد ان يصالح رب الدين علي عبده فقال
المامور فعلت وقبض وصدقه الامر وقال رب المال لم اقبض العبد فالقول

قول رب المال لما ذكرنا فلو اقام المامور البينة على ما ادعى يقبل بينته والجواب
فيه كالجواب في البيع الا في فصل واحد وهو ان في البيع يرجع المامور بالدين على
الامر وفي الصلح يرجع بقيمة العبد ولا فرق بينهما من حيث المعنى لان المامور في
الفصلين انما يرجع بما حصل به قضا الدين وفي مسئله البيع القضا حصل بالثمن
لان البيع اذا اضيف الى دين لا يتعلق العقد بذلك الدين وانما يتعلق بمثله دينا
في الذمه ثم يقع المقاصه بين الدينين فصار المامور قاضيا دينه من ثمن العبد
كانه قبضه ثم قضاه ولهذا لو باع عبدا بدين ثم تصادقا انه لم يكن
عليه دين يصح البيع ويرجع بالثمن اما في الصلح القضا وقع بعين العبد
لان الصلح متى اضيف الى دين يتعلق بعينه ولا يوجب دينا على المصالح لانه
اسقاط ولهذا لو صالح من دين على عبد ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين بطل
الصلح واذا وقع القضا بعين العبد صار صاحب العبد مقرضا له العبد ليقضي
دينه به ومتى استقرض من اخر عبدا ليقضي به دينه وقضى الدين يضمن قيمته
العبد قلت قيمته او كثرت ولا ينظر الى الدين لان مثل العبد قيمته كذلك
هنا الا ترى ان رجلين لو كان لهم على رجل دين فاشترى احدهما منه بنصف
الدين ثوبا ليس لصاحبه ان يشاركه في الثوب وانما يرجع عليه بربع الدين وهو
نصف حصته ولو صالح من نصف الدين على ثوب له ان يشاركه فيه وليس له ان
ياخذ منه ربع الدين الا برضى المصالح لان الصلح يقع على عينه والشرى يقع على
غيره وكذا في الشفعه اذا ادعى على رجل الف درهم فصالحه منها على دار بعد
الاقرار والانكار فسلم الشفيع الشفعه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شي يرد
الدار عليه بحكم او بغير حكم ولا شفعه فيها الان ما وجب له من الشفعه قد ابطله
بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد ولا يتجدد به الشفعه كما لو
تصادقا ان البيع كان تلجيه او [illegible] وقد سلم الشفيع الشفعه وان
لم يكن سلم الشفعه فله ان ياخذها ولا يصدقان على ابطال حقه الا على قول
زفر وهو روايه عن ابي يوسف رحمهما الله واصله فيما اذا تصادقا

ان

ان البيع كان تلجيه او يختار البايع ويفسخ ولو كان باعه بالمال المدعى دارا وسلم
الشفيع ثم تصادقا ان لا دين فالبيع ماض ولا يرد الدار ولو رد فله الاخذ
بالشفعه بحكم الرد لان البيع كان صحيحا فكان عقدا له الا انه في حق الشفيع
رجل في يده الف درهم وديعه لرجل وعليه ايضا لرجل اخر الف درهم دين فسال
الغريم صاحب الوديعه ان ياذن له في قضا دينه من الوديعه فاذن له في ذلك
فقال المديون قبضت الدين من الوديعه وصدقه صاحب الوديعه وكذبه
رب الدين فالقول قوله مع يمينه لما قلنا واذا حلف يرجع على المديون بدينه
ويرجع صاحب الوديعه ايضا بالوديعه اما رجوع رب الدين فلان القضا لم يثبت
واما رجوع صاحب الوديعه فرق بينه وبينما تقدم والفرق وهو ان فيما
تقدم الامر مع المامور تصادقا على الدفع الموصوف بصفه وهو القضا
الا انه لم يثبت الوصف وهو القضا في حق الغريم لانعدام امارة القضا وهو
سقوط المطالبه بقي مجرد الدفع غير موصوف بصفه القضا وذلك لا يكون
سبب الضمان على الغريم لان اكثر ما في الباب ان المامور بالدفع لا على وصف
القضا صار مستهلكا مال الدافع لكن المدفوع مال الدافع ومن استهلك
مال نفسه بامر غيره لا يجب الضمان على الامر كما لو امره بالقا ماله
في البحر او بحرق ثوبه وفعل لا يجب الضمان على الامر فهنا اولى الا ترى
انه لو اكرهه على قضا دينه فوهب منه لا يضمن المكره لانعدام الوصف
الذي اكرهه عليه ولو اكرهه ان يبيع ثوبه بالف درهم فباعه بكر حنطه
قيمته عشرون لا يضمن شيا لانعدام الوصف كذلك هنا وهنا المدفوع مال
صاحب الوديعه الدافع هو المودع والمال في يده امانه ان ثبت الدفع
قضا لا شك في وجوب الضمان عليه وان لم يثبت ذلك المال في يده ولم
يثبت بدفع عليه وانما صار فكذبه بقوله فصار مضيعا للوديعه لانه
لا يدري ابر هو فيضمن لان الوديعه مما يضمن بالتضييع وفي الفصل الاول
ليس المال في يده حتى يوصف بالتضييع ولانه مستقرض في الوجهين
الا انه اذا كان المال في يده صار ضامنا بيد نفسه فانعقد سببا

للضمان في الفصل لو صار قابضًا لما صار قابضًا اسد الطالب ولم يثبت يد الطالب فلا يتم الاستقراض بدون القبض فلا ينعقد سببًا للضمان عليه وكان دفع مال الغير سببًا للضمان وضعًا وقد سمعنا بوجوب الضمان اما بالاستقراض او بالاستهلاك بخلاف الاول لو كانت الوديعة عبدًا فاستاذن الغريم صاحبه ان يصالح رب المال عليه فاذن له فقال فعلت وسلمت وصدقه صاحب العبد وكذبه رب الدين وحلف انه ما صالح او ما قبض منه شيئًا رجع رب المال بدينه على الغريم ويرجع صاحب العبد على المودع بقيمته لما قلنا ان الفرق بينهما ان ثمة يرجع عليه بالدراهم وهنا يرجع بقيمة العبد والفرق ما ذكرنا انه انما يرجع بما وقع به القضاء وفي الدراهم القضاء وقع بالدراهم وفي الصلح القضاء وقع بعين العبد لانه يصير مستقرضًا عن العبد فيرجع بقيمته ولانه امر بقضاء الدين عنه ولم يثبت لبقاء الحق بدفعه وهو سبب الضمان والعبد مضمون بالقيمة وثمة لم يثبت القضاء ايضا فبقي مضمونا والدراهم مضمونة بمثلها ولو استاذنه في ان يبيع العبد بدينه فاذن له فقال بعته وسلمت وكذبه رب الدين وحلف رجع رب الدين بماله على الغريم ولا يرجع صاحب العبد على المديون بشيء وليس البيع في هذا كالصلح والفرق ان الغريم في الصلح والتسليم عامل لنفسه لان القضاء في الصلح يقع بعين ما وقع عليه الصلح لا بسواه ولهذا يرجع صاحب العبد بالقيمة لا بالدين فكان في الصلح على العبد وتسليمه عاملا لنفسه لان الانسان فيما يقضي دينه يعمل لنفسه لا لغيره فكان الجواب فيه كالجواب فيما اذا كانت الوديعة النقود فاما في المسالة بخلافها فان في البيع فالغريم في البيع والتسليم عامل لصاحب الوديعة لا لنفسه لان القضاء ما دفع بعين ما وقع عليه العقد وانما وقع بثمنه ولهذا يرجع صاحب العبد على الغريم بالثمن لا بقيمة العبد ومتى كان في البيع والتسليم عاملا لرب المال لم يصلح هذا سببًا للضمان والقضاء وقع بعد ما صار الثمن قصاصا بما عليه ولم يوجد من الغريم في الثمن سبب يجب به الضمان لانه لم يوجد منه تسليم الثمن وانما وجد منه تسليم العبد فاذن فيما كان عاملا لنفسه

لم يوجد سبب الضمان وهو التسليم وفيما وجد التسليم لم يكن سبب الضمان فلم يوجد سبب الضمان اصلا وهذا لانه لما كان بمنزلة الوكيل وقضاء الدين من الثمن صار كانه قال بع عبدي هذا من غريمك واقبض دينك من الثمن الذي هو مالي فيصير تابعا لصاحب العبد قاضيا دينه من ثمنه فلم يظهر القضاء صار كان الثمن توى على المشتري فكان التوى على الموكل بخلاف الصلح وما اذا كانت الوديعة دراهم وكان في الصورتين انما يصير مستقرضا ما وقع به القضاء ففي البيع القضاء وقع بالثمن والثمن ليس في يده حتى يوصف بالضمان عند انكار الطالب الاقتضاء ولا يتحقق معنى الاستقراض منه ايضا لانه ليس في يده حتى يصير قابضا بخلاف الصلح والدراهم لان القضاء وقع بعين الوديعة وهو في يده فامكن وصفه بالتضييع وتحقق معنى القرض ايضا فيضمن هذا كله اذا ادعى المامور البيع والصلح والقضاء وانكر صاحب الدين وصدقه الامر اما اذا ادعى الغريم الهلاك في يده قبل البيع والصلح والقضاء وصدقه صاحب الدين وكذبه صاحب العبد وادعى البيع والصلح والتسليم واقام البينة انه باعه منه وقبضه المشتري يقبل بينته في حق الغريم حتى يرجع عليه في البيع بالثمن وفي الصلح بالقيمة ولا يقبل في حق الطالب حتى كان له ان يرجع على الغريم بدينه فرق بين هذا وبينما اذا اقام الغريم البينة على البيع والتسليم يثبت البيع والقبض في حق صاحب الوديعة ورب المال جميعا لانه يثبت خصم من كل وجه لانه يثبت البيع والتسليم بعقد جرى بينهما ولهذا يرجع حقوق العقد من قبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق وغيره اليه فصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيظهر في حقهما اما صاحب العبد فيما يثبت من البيع والتسليم خصم من وجه دون وجه من حيث ان ما يدعيه من البيع والتسليم سبب لما يدعي على الغريم والحاضر ينتصب خصما عن الغائب اذا كان ما يدعي على الغائب لثبوت ما يدعي على الغائب لا محالة وبين الحاضر والغائب اتصال سبب وهنا بين الحاضر والغائب اتصال سبب ولقوام اياه

البيع وليس بخصم من وجه من حيث انه يثبت سماع شيء عليه وهو الغريم الا ترى انه لا يكون خصما في استيفا حقوقه من قبض الثمن وتسليم المبيع الاجنبي فكان خصما من وجه دون وجه ولو لم يكن خصما اصلا كان لا يثبت المبيع بهذه البينة في حق احدهما كما لو اقامها الاجنبي ولو كان خصما يثبت من كل وجه يثبت في حقهما فاذا كان خصما من وجه ثبت في حق صاحب الوديعة فيرجع عليه بقيمته ولم يثبت في حق رب المال فلا يبرا الغريم عن دينه عملا بهما ولو ان الغريم استاذن رب العبد في ان يرهنه بدينه فاذن له فقال قد رهنته وقبضته ومات في يده فبطل دينه وصدقه صاحب العبد وكذبه رب المال فالقول قول رب المال وهو المرتهن لانه انكر الاستيفا على ما ذكرنا فان حلف رجع بدينه ولم يرجع صاحب العبد بشيء على الغريم فحصل الجواب في الرهن كالجواب في البيع دون الصلح لان الغريم في رهن العبد وتسليمه الى الطالب عامل لرب المال الا لنفسه لان قضا الدين في الرهن لا يقع بعين العبد وانما يقع بما صار الرهن مضمونا به وهو الدين حكما بالمقاصة وهو ان يكون مضمونا بالدين لا بقيمته وهنا هلك المرتهن عينه فما وجد من الغريم فهو الرهن وتسليم العبد لا يصلح سبب الضمان لانه في ذلك عامل لصاحب العبد وما كان سبب الضمان هو وقوع المقاصة حكما لهلاك الرهن لا صنع له في ذلك فصار الجواب في الرهن كالجواب في البيع ولو اقام الغريم البينة على الرهن والتسليم تقبل بينته في حق صاحب العبد ورب الدين حتى يبرا عن الدين ويضمن لصاحب العبد الاقل من قيمته ومن الدين لانه انما يصير مستوفيا لقدر ما دفع به القضا فيضمن ذلك ولو اقام صاحب العبد البينة على الرهن والتسليم والموت بعد القبض في يد رب المال تقبل بينته في حقه حتى يرجع على الغريم ولا تقبل في حق صاحب الدين حتى يرجع على الغريم بدينه كما قلنا في البيع عن محمد رحمه الله لا رحلا فالاخر وقال لا نا قالحا وصنا الف درهم فقد وكلتك بقبضها منه فقال الوكيل قد قبضت وقال المقرض قد دفعتها الى الوكيل وانكر الموكل كان القول قول الموكل وقال ابو يوسف

فيما يروى عنه ان القول قول الوكيل لان الدافع والمدفوع اليه تصادقا على القبض ولا يعتبر قول غيرهما اذا الوكيل انما اقر بقبض موصوف بصفة وهو اقرار ان قبض الموكل به فلم يلتزم ضمانا بهذا الاقرار وجه قول محمد رحمه الله انه اقر بما قبضه اليه واعترف الدافع والقابض ان المال له الا ان القابض ادعى اذنا في تسليطا من جهته وهو منكر فكان القول قوله كما لو باع عبدا ثم اعتقه او دفع الى غيره وادعى الامر وانكر المالك فان القول قوله كذلك هنا الا ترى انه لو قبض ماله وادعى انه اسلمه بحفظه وانكر المالك كان القول قوله والله اعلم

باب من البيوع التي يرجع فيها بالعيب والتي لا يرجع

اصل الباب ان المشتري متى وجد بالمبيع عيبا ثم قطع ملكه عنه بان باعه من غيره او وهبه او تصرف تصرفا يدل على الرضى بالعيب وامسك المبيع في ملكه او انتفع به بان عرضه على البيع او وطي او قبل او لمس بشهوة او اجر او رهن او كاتب فذلك رضى منه بالعيب ولا يرد ولا يرجع بنقصان العيب لان العرض على البيع المبيع والحاجة الى ثمنه وذلك دليل الرضى بسقوط حقه من الثمن المدفوع الى البائع ودليل الرضى كصريح الرضى والوطي ودواعيه لا تحل الا في الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضى بتقرر الملك الا ترى انه لو وجد ذلك قبل العلم بالعيب يمتنع الرد بعيب او لا الا ان قبل العلم لم يصر راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم يصير راضيا فلا يرجع وبالاجارة والرهن والكتابة اوجب لغيره حقا لازما في المبيع وذلك يعجز عن الرد فيكون دليل الرضى بالعيب وكذا لو وجد به في حافرها داء او ركب الدابة او كان ثوبا فلبسه لان الانسان قلما يعمل وذلك في ملكه غير الا انه استحسن في الدابة اذا ركبها ليعلفها او ليسقيها او ليردها انه لا يكون رضى لانه يحتاج الى سوقها وربما لا ينقاد له ما لم يركبها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضى وانما يكون دليل الرضى اذا ركبها في حاجة نفسه ولو استخدم

الجارية بعد العلم بالعيب فهو رضى في القياس لانه استخدمها الملك فيها فكان
الاقدام عليه دليل الرضى فيتقرر ملكه وفي الاستحسان لا يكون رضى لان
الناس قد يتوسعون في الاستخدام فقد يستخدم الانسان ملك غيره بامره
وبغير امره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح للخدمة
ام لا فكان من باب الاختبار لا من باب الاختيار وهذا كله اذا كان بحال
لو رد فطع ملكه يمكن من الرد وان رضي البايع لا يبطل حق الرجوع بالنقصان
لانه حقه بعين فيه فلا يصير بهذه التصرفات ممسكا وراضيا على ما ذكرنا
في الابواب المتقدمة ولو انهى ملكه بان اعتقه ثم وجد به عيبا ان كان على
مال فهو بمنزلة البيع والهبة فيما رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله
لانه ازال ملكه بعوض فهو كالبيع وفي رواية اخرى يرجع بنقصان
العيب لان العتق منهي سوا كان بعوض او بغير عوض ولهذا يثبت الولا
في الموضعين وان كان بغير عوض ففي القياس لا يرجع لان تعذر الرد
بفعله فهو كما لو قتله وكالاعتاق على مال وهذا لانه لما اكتسب شيئا
يتعذر الرد مع التمكن منه كان حابسا له فكانه حبسه بيده ويريد الرجوع
بالنقصان وفي الاستحسان يرجع لان ملكه تقرر فيه بما صنع لانه منهي للملك
لان الملك في الادمي انما يثبت الى وقت العتق والشي بانتهايه يتقرر
والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا يثبت الولا والولا اثر من اثار الملك
فبقي لنا اصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقا الملك المستفاد بالشرى
حقيقة او حكما يرجع بالنقصان لانه استحق المبيع بصفة السلامة
كما لو بعت في من يوصى انه لو مات عنده يرجع بنقصان العيب لان
بالموت ينتهي من حيث والملك فيه باعتبارها فكذا في العتق ينتهي الرق
والملك والمالية فيه باعتبارها ولما اذا اعتقه فقد روي عن ابي يوسف
انه يرجع لانه منهي لاجله وفي ظاهر الرواية انما لا يرجع لانه فعل
مضمون لولا الملك فيصير حابسا للبدل معنى لا يلتفت على ما ذكرنا واذا
اشتري حنطة وطحنها ثم وجد بها عيبا يرجع بالعيب وان كان الطحن فعلا

مضمونا فيصير حابسا للبدل لان حبس البدل انما يقوم مقام حبس المبدل اذا امكن
وانما يمكن اذا لم يكن المبدل في ملكه وهاهنا المبدل في ملكه وهو المدبر فانعدم
شرط الاقامة بخلاف القتل ولو قتله اجنبي واخذ المشتري قيمته لا يرجع بالنقصان
في ظاهر الرواية لانه اخذ بدله بمنزلة البيع وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله انه يرجع لانه انما وصل اليه قيمة المعيب لا بدل الجزء الفايت وكذا
لو كان ثوبا فاحرقه اجنبي او طعاما فاكله الاجنبي وغرم فاخرجنا ذكرنا
غير من ان اقرار الانسان حجة في حقه لا في حق غيره والمشتري اذا اقر بالمبيع
لغيره بعقد سابق صحيح كان ناقلا ملكه الى غيره فيبطل في الخصومة بالعيب
كانه باعه واذا اقر به لك قبل اقراره يعقد منعقد صحيح او بعد اقراره
يعقد غير منعقد لم يصير ناقلا الملك الى غيره ولا يبطل حقه في الخصومة
مع البايع بالعيب اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى
من رجل عبدا بالف درهم ونقد الثمن ثم شهد المشتري ان البايع كان اعتقه
قبل البيع او دبره او كانت امة فاستولدها وانكر البايع ذلك وحلف
فان القاضي يقضي بعتقه في الحال في دعوى العتق وولاوه موقوف ويكون
جنايته في كسبه ولو مات فتركته لبيت المال اذا لم يكن له وارث غير البايع
والمشتري وفي دعوى امومية الولد والتدبير يجعلها ام ولد موقوفة
او مدبرا موقوفا فان مات البايع عتق لان المشتري اقر بحرية المبيع وكونه
مدبرا او ام ولد باقراره يتضمن احدهما على البايع وهو فسخ البيع والرجوع
عليه بالثمن والاخر على نفسه وهو حرية العبد وحرمة الاسترقاق
فيثبت ما كان عليه دون ما كان على غيره ويكون الولا موقوفا لان كل
واحد منهما ينفي الولا عن نفسه ويعتق بموت البايع لانه اقر بتعلق عتقه
بموته فصار كما لو اقر بتعلق عتقه بشي اخر فان وجد المشتري بالعبد
عيبا كان عند البايع رجع بنقصانه وهذا استحسان والقياس ان لا يرجع
بنا على ان المشتري لما تصرف في هذا الاقرار على البايع بما نعته عليه
فصار كانه اعتقه المشتري او دبره ولو انشا هو العتق او التدبير كان

كان على القياس والاستحسان على ما ذكرنا وهذا لانه انما لا يكون له حق
الرجوع بالنقصان وإذا كان حابسا للمبيع ولا يمكن تصوير الحبس في هذا الوجه
لانه انما يكون حابسا بعد ما يحدث عيبه او بعد عيبه ما يمنع ما حقاقه كما في البيع في
الهبة والعتق والتدبير ازالة الشيء عن ملكه لا الى احد واخراجه عن محاله
النقل من ملك الى ملك او ينتقص لا على تصوير الحبس فيه بخلاف الاعتاق
على مال لانه وصل اليه عوض العيب فان ما اخذ من البدل عوض عن الاجزاء كلها
فقد وصل اليه عوض العيب وعوض العيب لو وصل اليه مال قيام الملك
مع ان تعيب عنده بعيب اخر ورجع بنقصان العيب ممن لا يرجع به مرة اخرى
لذلك هذا الا ان قدر ضمان النقصان متفق عليه فيما بينهما لان المشتري يزعم
فسخ البيع والرجوع بجميع الثمن والبائع يقر بصحة البيع ووجوب قدر
النقصان فيرجع بذلك وكذلك لو ادعى انه حر الاصل وانكر البائع ثم وجد
به عيبا فهو على ما ذكرنا في دعوى الاعتاق الا ان هنا لا ولاء عليه لاحد
ولو اقر المشتري ان العبد كان ملكا لفلان وانه باعه بغير امره وكذبه
البائع ثم وجد به عيبا فهذا على وجهين اما ان صدقه فلان او كذبه فان
صدقه له ان ياخذ العبد منه ان شاء وان شاء اجاز البيع واخذ الثمن من المشتري
لان تصادقهما حجة في حقهما لا في حق البائع فلو وجد المشتري بالعبد
عيبا لم يرجع على البائع بنقصانه سواء اخذ المقر له العبد منه او اجاز
البيع بعله حقوق العقد ترجع الى العاقد اما اذا اخذ فلان المشتري
اقر ان البيع قد انفسخ لما لم يجز المقر له واخذ العبد وهو في حق البائع
بمنزلة التمليك المبتدا من المقر له واما اذا اجاز فلان المشتري باقراره ازال
المبيع عن ملكه الى ملك غيره في حال ما يقدر على رده على البائع لو اطلع
على عيب برضى البائع او بغير رضاه فلا يرجع بالنقصان وكذا لو اقر انه
باعه من فلان قبل ان يبيعه منه وصدقه فلان واجاز البيع او اخذه منه لما ذكرنا
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كذبه ثم وجد به عيبا رده بالعيب لانه بعد ما
ازال المشتري العبد عن ملكه الى ملك المقر له عاد الى ملكه بتكذيب المشتري

في حقه وحق البائع لان تكذيب المقر له المقر متى كان فيما يحتمل النقض بعد
ثبوته ينفسخ اقرار المقر من الاصل فيما بين المقر والمقر له وفي حق الثالث
لان الاقرار قبل التصديق غير لازم في حق المقر له حتى ينفرد بالفسخ من غير
رضاه فلا رضى فصار كما لو باع المشتري العبد من رجل لم يسم او لم يشترط الخيار
ثلثة ايام او وجد المشتري به عيبا قبل القبض فرده او رده بعد القبض
بقضاء حتى عاد الى قديم ملك البائع في حقه وحق البائع كان له ان يرد
بالعيب كذلك هنا بخلاف الاقرار بالعتق والتدبير لانه لا يحتمل الفسخ هذا
اذا كان اقرار المشتري بالعبد لغيره قبل رؤيته العيب والعلم به اما اذا كان
اقراره بعد رؤية العيب فكذلك الجواب ان صدقه المقر له لم يرجع بالنقصان
رد البيع او اجاز وان كذبه رده بالعيب فان قيل وجب ان لا يرده بالعيب
لان اقدامه على الاقرار وهو عالم بالعيب رضى منه بالعيب كما لو باع او
وهب من غيره وهو عالم بالعيب ثم عاد الى قديم ملكه بما ذكرنا من الاسباب
او عرض على البيع ولم يسقط الرد بل اولى لان العرض لا يزيل عن ملكه
والاقرار يزيل قلنا ان في البيع والهبة والعرض على البيع انما بطل
حقه في الرد لانه وجد من المشتري الرضى بالعيب دلالة لانه يثبت
للمشتري بالعيب الخيار بين ان يستبقي ملكه في العبد وبين ان يرد فلما
باع او وهب او عرض مع العلم فقد اختار استبقاء ملكه لان هذه التصرفات
من التصرفات المختصة بالملك فكان ذلك رضى منه بالعيب دلالة فاما
في الاقرار لم يوجد الرضا بالعيب دلالة لانه ما اختار استبقاء ملكه
في العبد لانه اخبار في موضوعه وليس بتمليك ولهذا صح الاقرار بالخمر
من المسلم للمسلم ولو اقر بالاعتاق ثم ملكه اعتق عليه ولو اقر بالمشاع
فيما يحتمل القسمة يصح فلم يكن الاقدام على الاقرار مع العلم بالعيب
اختيارا لاستبقاء الملك في العبد فلم يوجد الرضى بالعيب دلالة كما
في الاستخدام ولو وجد المشتري بالعبد عيبا وحدث عنده عيب اخر
حتى امتنع الرد واخذ نقصان العيب ثم اقر انه كان لفلان وصدقه المقر

له في ذلك واخذ منه لا يرجع على البائع على المشتري بما اخذ منه من النقصان
لانه بالاقرار لم يتبين انه رجع على البائع بنقصان العيب بعد ازالة المبيع
عن ملكه لان الاقرار في حق البائع جعل ازالة الملك في الحال لعدم صحة اقراره
عليه فصار كانه ازاله عن ملكه في الحال بالبيع او الهبة ولا يتبين انه رجع على
البائع بنقصان العيب بزوال المبيع عن ملكه ولهذا لما ذكرنا انه يدعي
على البائع استرداد جميع الثمن والبائع اقر له بقدر النقصان ولو
قال المشتري ان هذا العبد كان غلاماً لفلان وقد كان اعتقه قبل ان
يبيعه البائع مني ثم وجد به عيباً فهذا على ثلثة اوجه اما ان صدقه المقر
له في الملك والاعتاق جميعاً او صدقه في الملك وكذبه في الاعتاق او
كذبه فيهما ففي الوجه الاول لا يرجع بنقصان العيب لانه بالاقرار ازال
ملكه الى غيره في حال ما يقدر على رده فبطل حقه في الرجوع بالنقصان
لان اقراره صح في حقه لا في حق البائع فصار في حقه اقرارا وعتق العبد
من جهة المقر له كانه ملكه واعتقه والولاء في الوجه الثاني ياخذ المقر
له العبد ولا يرجع هو بنقصان العيب لما ذكرنا ولا يعتق العبد لانه
اقر له بالملك وشهد عليه بالاعتاق واقراره صحيح لانه على نفسه
وقد صدقه المقر له وشهادته عليه باطلة لانه فرد ولو كذبه
فيهما جميعاً يعتق في الوجه الثالث عتق العبد بزعم المقر موقوف الولاء
لانه ملكه ظاهر ولو وجد به عيباً له ان يرجع بالنقصان لان اقراره
ابطل الرد وهذا وما لو ادعى ان البائع كان اعتقه قبل البيع سوا
اذ لا فرق بين ان يدعي الاعتاق على البائع وكذبه او يدعي على غيره
وكذبه فصار كانه اعتقه بنفسه فكان حق الرجوع بالنقصان
لما ذكرنا طعن الحاكم ابو نصر محمد بن عمر بن جهرويه والقاضي الامام
ابو جعفر الاستروشني رحمهم الله وقالا ينبغي ان لا يرجع بنقصان العيب
لان المشتري ان عمر انه حق الرجوع على البائع بجميع الثمن لكن
البائع ابتغوله شي من الثمن ولا يرجع بحكم الاقرار فلو رجع رجع بحكم

العيب ولا يرجع لانه ازال المبيع عن ملكه الى ملك غيره في حال ما يقدر على الرد بالعيب
وهذا الاقرار لم يبطل لانه بعد ما لا يحتمل النقض بعد وقوعه لانه اقر بالملك
والعتق من جهته والملك بعد العتق ما لا يحتمل النقض وهذا الوجه جعلنا البينة
على الملك المؤكد بالعتق ووقوعه بعد قيام البينة على الملك المطلق والاقرار
متى حصل بما لا يحتمل النقض لا يبطل بتكذيب المقر له كالاقرار بالنسب الا ترى
انه لو حصل بما لا يحتمل النقض ان اقر بالبيع او الاجارة وكذبه
المقر له لا يبطل الاقرار حتى لو عاد الى تصديقه يصح وههنا اولى الا ترى انه
ذكر بعد هذه المسئلة ان المشتري لو اقر ان العبد كان لفلان وهل ان
يبيعه مني وقد اعتقه قبل ان يبيعه وقد اعتقه فلان بعدما اشتريته وكذبه
المقر له في الاقرار بالملك والعتق جميعاً ثم وجد المشتري به عيباً كان
عند البائع ذكر انه لا يرجع بنقصان العيب على البائع كما لو صدقه المقر
له فيهما او في الملك والدليل عليه ما ذكر بعدها من المسئلتين ان المشتري
لو اقر ان العبد الذي اشتراه كان لهذا الرجل قبل ان يبيعه مني كان
دبره او كانت امة فاقر انها كانت لهذا الرجل استولدها قبل ان يبيعها
مني وكذبهما المقر له فيهما ثم وجد المشتري بها عيباً لا يرجع بنقصان العيب
في الحالين والمعنى في الكل انه اقر بما لا يحتمل النقض بعد وقوعه ولا
يبطل بالتكذيب وهذا الخلاف مسئلة اول الباب اذا اقر المشتري ان
البائع كان اعتقه قبل ان يبيعه ثم اطلع على عيب كان عند البائع
وقد كذبه البائع لان ثمه لم يوجد ازالة المبيع عن ملكه الى ملك غيره
اما ههنا وجد الاقرار بالملك لغير البائع ولم يبطل الاقرار بهذا التكذيب
فكان باقيا الملك له ـــــــ الصدر الشهيد على ان الطعن
صحيح فيجب ان يكون الجواب كما قالا من مشايخنا من تكلف بتصحيح ما قال
محمد رحمه الله في الكتاب وقال ان المشتري ادعى على البائع جميع الثمن
لانه زعم انه باع حرا والبائع والبائع اقر بنقصان العيب لانه
يقول بعت عبدا واقرارك بالملك والعتق باطل وانما اعتق اقرارك

فكانه انشأ اعتاقه واعتاق المشتري ما لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فصار البايع
مقرا بنقصان العيب ولم يوجد من المشتري ما يبطل اقراره وهذا لانه ما اقر بملك العبد
والعتق لغير البايع بعد صحة الشري لان في زعم المشتري ان شراه لم يصح اصلا لانه
اشترى الحر فكان الجواب فيه كالجواب في مسئلة اول الباب وهو ما اذا اقر ان البايع
كان اعتقه وكذبه البايع لانه لم يوجد منه ما يبطل اقرار البايع بتقرر نقصان
العيب له وهو الاقرار بملك العبد والعتق لغير البايع بعد صحة الشري بخلاف ما لو
اقر ان المقر له اعتقه بعد ما اشتريته وباقي المسئلة على حالها لان في تلك المسئلة
ايضا البايع اقر للمشتري بنقصان العيب لكن وجد من المشتري ما يبطل اقرار
البايع له فانه زعم المشتري انه اقر بملك العبد والعتق لغير البايع بعد صحة
الشري لان العقد منعقد صحيح ولهذا يملكه بثمنه زائلا وهذا ما يبطل حقه في
الرجوع بنقصان العيب الا ان يبطل اقراره بتكذيب المقر له ولم يبطل لانه اقر بما
لا يحتمل النقض بعد وقوعه بخلاف مسئلة التدبير والاستيلاد لان شرى
المدبر محل للبيع ولهذا لو جمع بينه وبين قن وباعهما في صفقة واحدة صح بالحصة
ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فاذا اقر لغيره بعد اقراره بتعقد
منعقدا صار رابا الا شرى ام الولد صحيح الا ان كان قاضيا لو قضى بجواز بيعها
ينفذ ومتى لم يكن منافيا للملك يوم الشري يمكن تصور الخروج عن ملكه مضافا
الى اقراره بعد الشري فيمنع الرجوع بنقصان العيب وهذا المانع زيادة
وجد من المشتري ما يبطل اقرار البايع له بنقصان العيب وهو اقراره بملك
المبيع بغير البايع بعد صحة الشري ولم يبطل هذا الاقرار بتكذيب المقر له بخلاف
ما اذا اقر بحريته وقت البيع لانه منافيه لانعقاد العقد فلا يمكن تحقق
الازالة عن ملكه الى غيره مقتضى ما اقر به الحاصل انه انما يمتنع الرجوع بالنقصان
في موضع يمكن تحقق الخروج عن ملكه بناء على ما زعم من العتق من غيره واذا
اقر بالعتق من غيره بعد الشري والعتق لا يصح له الا بالملك وا اقتضى هذا
الاقرار الازالة عن ملكه مقتضى ما اقر به وامكن العمل مقتضاه فلا يعتبر
بالملك وقيام الملك يوم البيع لم يثبت زواله مقتضاه وكيف يقتضي ذلك

ذلك وانه منكر كونه مملوكا له يوم الشري فصار اقراره مقرا بالعتق قبل
البيع فاشبه الاقرار بحريته والعتق من البايع ثم في مسئلتنا بعد ما كذبه
المقر له في الاقرارين رجع المشتري على البايع بالنقصان لو عاد المقر له
الى تصديق المشتري كان العبد مولى له ويرجع البايع على المشتري
بما اخذه منه من النقصان لان هذا الاقرار لا يبطل بتكذيب المقر له فاذا صدقه
والاقرار قائم استند التصديق الى وقت وجود الاقرار لان التصديق
انما يدل الاقرار فيكون صفة للاقرار فيستند اليه كالاجازة في البيع
الموقوف واذا استند تبين ان المشتري رجع على البايع بنقصان
العيب بعد ما صدقه في الاقرار جميعا وهو الوجه الاول وفي ذلك
الوجه ليس له ان يرجع بالنقصان فتبين انه رجع وليس له حق الرجوع
فيرجع البايع عليه بما اخذ ولو اقر المشتري انه ملك فلان حين اشتريته
وانه اعتق بعد ما اشتريته او دبره او كانت جارية فاقر انه استولدها
بعد ما اشتريتها وكذبه فلان او صدقه لا يرجع بالنقصان العيب لانه اقر
بعتق منعقد فصار قابلا على ما ذكرنا استشهد محمد رحمه الله فقال
الا ترى ان رجلا اشترى عبدا ثم قال بعته من فلان بعد ما اشتريته واعتقه
فلان وكذبه المدعي عليه في ذلك كله وحلف فقد عتق العبد باقرار
المشتري الاول والولاء موقوف فاذا وجد عيبا بعد ذلك لم يرجع على
البايع بشي لانه بالاقرار بالبيع ازال العبد عن ملكه الى ملك غيره
ولم يعد الى ملكه بتكذيب المقر له لانه اقر بما لا يحتمل النقض بعد
وقوعه ولو ادعى المشتري انه باعه من فلان ولم يعتقه فجحد فلان
وحلف على دعوته ثم وجد به عيبا رده على البايع الاول لانه عاد
العبد الى قديم ملكه بعد ما ازاله عن ملكه لان المقر له لما جحد
البيع والجحود كان فسخا من المقر له فان فسخ البيع فيه
يكون موقوفا على قبول المقر فاذا عزم المقر على ترك الخصومة معه
فكانه قبل الفسخ ورضي به فانفسخ البيع وعاد العبد الى قديم ملكه

للمشتري الاول فكان له ان يرد عليه بعيب لان قبل البيع انما ينفسخ بقبول المشتري
الاول وهو عزمه على ترك الخصومة معه فصار بمنزلة الاقالة وكما لو وجد
المشتري الثاني بالعبد عيبا فرده وقبله المشتري الاول بغير قضاء ثم اراد ان
يرده على بايعه بعيب كان عنده لم يكن له ذلك فكذلك هاهنا قيل له الفسخ وان
كان بعزم المشتري الاول على ترك الخصومة معه فهو بمنزلة ما لو رد عليه
بقضاء لان الرد متى كان بقضاء انما كان للمشتري الاول الرد على بايعه
لانه تعذر ان يجعل هذا الرد عقدا جديدا في حق الثالث لانه لم يوجد
من المشتري الاول الرضى بالفسخ والبيع الجديد لا يكون الا برضى المتعاقدين
فاعتبر فسخا في حق الثالث هذا المعنى موجود لان المشتري في هذا الفسخ
مضطر لانه لما رفع الامر الى القاضي واستحلفه القاضي فحلف ولا بينة
له على ذلك يصير مضطرا الى فسخ هذا البيع والاضطرار ينافي هذا الرضى
فكان بمنزلة ما لو فسخ بقضاء وهذا لانه تعذر جعله بيعا جديدا لانعدام
احد ركني العقد اصلا وهو فسخ بدليل مطلق لانه لا تغابن في ابتداء العقد
لو كان هنا عقد ولا عقد لا تغابن في بقائه فينفسخ ضرورة فصار هذا
الفسخ بقضاء القاضي والفسخ بخيار الرؤية سواء وفي الماذون العبد
الماذون اذا اشترى من رجل عبدا ونقد الثمن وعليه دين او لا دين
عليه ثم اقر ان البايع اعتق هذا العبد قبل ان يبيعه اياه وانه حر
الاصل او دبره او كانت امة واقر انه استولدها وانكر البايع ذلك
فالعبد مملوك على حاله اما اذا اقر بالبيع او التدبير لانه لو جاز
اقراره حصل العتق او التدبير من جهته او الاستيلاد من جهته
وهو ليس باهل التبرع بذلك الا ترى انه لو اقر بذلك عتق من
جهة المشتري واما اذا اقر انه حر الاصل لانه ظهر هنا علامة
الرق وهو سكوت العبد عند البيع وانقياده فلا يقبل قول المشتري
ولا قول العبد انه حر الاصل الا بالبينة بخلاف ما اذا كان عبدا في سوق
فاقر انه حر الاصل او انه مدبر في بيت المال لانه لم يظهر هنا امارة

الرق

الرق والدار دار الاحرار فكل من كان فيها فهو حر ما لم يتبين انه عبد فاذا اخبر
بحريته فقد اخبر عن شيء كان ظاهرا ولم يتبين خلافه والقول قوله فيما في يده
انه غصب او دبره ولو اقر الماذون ان البايع كان باعه من فلان قبل
ان يبيعه منه فنقضه فلان ونقد الثمن وصدقه فلان يدفع العبد اليه لانه
اقر على نفسه انه اخذه بغير حق لانه لا يرجع على البايع بالثمن الا بتسليمه
او الغني من البايع وذكر في الزيادات لو ان رجلا اشترى من رجل عبدا
فجاء رجل وادعى العبد فاقر المشتري ان العبد عبده ودفعه اليه ثم اراد ان
يقيم البينة على ان الملك لهذا المقر له لا تقبل بينته وهنا ذكر انه اذا اقام
البينة على ان البايع كان باعه من فلان قبل ان يبيعه منه تقبل ويرجع بالثمن
وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضع وضع ثمة انه يقيم البينة ان الملك للمستحق
فكان متناقضا في دعواه لان الاقرار على المشتري اقرار منه ان الملك للبايع
فلا يقبل ولانه اثبت ما هو ثابت باقراره اما هنا اقام البينة ان البايع
كان باعه من فلان قبل ان يبيعه منه ليثبت اقرار البايع بالبيع من غيره فيفصل
على البايع لانه غير ثابت ولا تناقض فيه وانه لو اقام البينة على
اقرار البايع انه للمستحق وانما يقبل ولو باع الماذون جارية وقبضها
المشتري وانقادت للتسليم فادعى رجل انها ابنته وصدقه المشتري
والعبد فالجارية ابنته يرد عليه ولا ينتقض البيع فيما بينهما فالاصل
ان العتق اذا حصل من العبد لا يصح اقراره واذا حصل من جهة غيره يصح
فالجارية صارت بنتا للرجل هنا بتصديق المشتري لا بتصديق العبد فلو
كان الماذون اشتراها من رجل واقر البايع بذلك ايضا انتقضت
البيوع كلها وتراجعوا بالثمن لان العتق حصل من جهة البايع الاول
وهو يملك العتق ولو انكر البايع الاول وصدق الماذون والمشتري
فهو حر من جهة المدعي باقرار المشتري ولا يبطل البيع بين الماذون
والمشتري لانها عتقت بتصديق المشتري كذا لو ادعى المشتري الاخير ان
البايع من العبد كان اعتقها قبل البيع او دبرها او ولدت منه وصدقه

العبد لا يصح تصديقه وعتقه من جهة المشتري موقوف الولاء وفي التدبير
والاستيلاد تعلق عتقهما بموت البائع الاول على ما ذكرنا ولا يرجع على العبد
بالثمن ما لم يعتق لان اقراره انما لا يصح لحق المولى وقد زال ذلك الحال وكذا لو كان
العبد منكرا الجميع ذلك لان العتق حصل من جهة المشتري الا ان جهته
الا انها لا يرجع بالثمن على العبد اذا اعتق وان كان المشتري الاخر
يدعي ان البائع كان كاتبه قبل ان يبيعها وصدقه العبد او كذبه والامة
يدعي لم يكن كاتبه للعجز عن اداء البدل اي يوجب الاداء اليه على ما ذكرنا
في الابواب المتقدمة والله اعلم بالصواب

باب بيع الشيئين اللذين كانهما شيء واحد

اصل الباب ان مصراعي الباب وزوجي الخف والنعل وما يجري مجراه شيئان
حقيقة وشيء واحد حكما ومعنى اما انهما شيئان حقيقة لان كل واحد منهما منفصل
عن الاخر وصورة وكل واحد منهما مركب يتركب على حدة ليستغني بتمامه عن الاخر
واما شيء واحد معنى لان منفعة كل واحد منهما متصلة بالاخر وما هو المطلوب
منهما لا يقوم باحدهما وانما يقوم بهما فصار باعتبار اتصال المنافع والمطالبة
كشيء واحد من حيث المعنى فوجب اعتبار الحقيقة والمعنى بقدر الامكان عملا بالشبهين
كما في الهبة بشرط العوض والاقالة وغيرهما ولا يمكن اعتبارهما في كل تصرف
فاعتبرنا احدهما في بعض التصرفات والاخر في البعض فيهما وقلنا كل تصرف في كل
واحدهما ولم يوثر ذلك في الاخر بان يورث عيبا فيه اعتبر فيه الحقيقة وكل تصرف
باحدهما واثر في الاخر اعتبر المعنى فيه او نقول كل حكم يرجع الى الصورة
اعتبرا فيه شيئين وكل حكم يرجع الى المعنى اعتبرا فيه شيئا واحدا وهذا لانه
اذا تصرف في احدهما صار قابضا له حقيقة واذا لم يوثر في الاخر صار قابضا له
حقيقة واذا اثر في الاخر صار قابضا له حكما والقبض اما ان يكون حقيقة
واما ان يكون حكما واذا لم يوثر في الاخر لا يصير قابضا لا حقيقة ولا حكما
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى مصراعي باب او خفين
او نعلين فقبض احدهما بغير اذن البائع وهلك الاخر في يد البائع فهو بالخيار

ان

ان شاء امسك الذي بحصته من الثمن وان شاء ترك ورده على البائع لان قبض
احدهما مما لا يوثر في الاخر فانه لا يورث عيبا فاعتبرا في القبض شيئين بمنزلة
ثوبين وعبدين وفي العبدين بقبض احدهما لا يصير قابضا للاخر واذا هلك غير
المقبوض يخير المشتري لذلك ههنا ولان القبض حكم يرجع الى الصورة والحقيقة
وهما في الحقيقة شيئان الا ترى انه عبارة عن الاستيلاء على المحل ولا استيلاء
على الذي بعد منه وانما يخير لما ذكرنا ولانه تعيب ما في يده بهلاك ما في يد البائع
فصار عيبه مضافا الى سبب في ضمان البائع فكانه تعيب في ضمان البائع وهذا
لان عيب احدهما ما يوثر في الاخر فالهلاك اولى ولهذا قلنا لو اشترى خفين فوجد
احدهما اصغر كان له ان يردهما ولو ان المشتري حين قبض احدهما استهلكه او احدث
عيبا ثم هلك الذي في يد البائع فالهلاك من مال المشتري وعليه الثمن كله لان
استهلاك احدهما مما يوثر في الاخر فانه يورث عيبا في الاخر فانه يفوت
منفعة الاخر او ينقصه فاعتبر فيه المعنى فجعلا كشيء واحد كعبد واحد
او ثوب واحد ولو كان عبدا واحدا وجنى المشتري على عضو من اعضائه
صار قابضا للكل وهذا لان الاستهلاك يرجع الى المعنى وهو تفويت المنفعة
المطلوبة وهذا اذا لم يحدث البائع منعا في الاخر ولو انه منع الذي في يده
ثم هلك في يده من غير جناية منه وقد تعيب المقبوض في يد المشتري يجب على
المشتري حصة المقبوض من الثمن ويسقط عنه حصة الاخر ولا يصير البائع
بمنع احدهما مانعا لهما وليس للمشتري ذلك الاخر لان منع احدهما لا يوثر في الاخر ولا يوجب
عيبا فيه فلا يجعلان شيئا واحدا في حقه ولو كان المشتري امر البائع ان
يحدث باحدهما عيبا وهو في يد البائع ففعل البائع ذلك فهذا قبض من المشتري
لهما وليس للبائع ان يمنعهما او احدهما حتى يقبض الثمن لان تعييب البائع بامر
المشتري وقد صح امره لانه امره بالتصرف في ملكه كتعييب المشتري بنفسه
والمشتري لو عيب احدهما صار قابضا لهما فكذلك اذا فعل البائع بامره فان قيل
ينبغي ان لا يصح امر المشتري لان المشتري به يريد ان يقبض فيصير المشتري امرا
للبائع بالقبض ولو امره بالقبض صريحا لا يصح امره ولا يصير البائع نائبا عنه

وكذلك هنا قبل له الامر بقبض المبيع انما لا يصح لانه لو صح ادى الى التضاد فانه
في القبض يحتاج البايع الى التسليم والتسلم فيصير البايع مسلما ومتسلما في وقت
واحد لهذا المعنى بخلاف الامر بالتعييب لانه لا يودي الى التضاد لان في التعييب
لا يحتاج الى التسليم والتسلم فصح الامر فصار فعل البايع منقولا اليه كانه
فعل بنفسه وبضمن ذلك يصير المشتري حكما لصحة الامر بالتعييب
لا مقصودا وقد يجوز ان يثبت الشي حكما لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كالعزل
الوكيل ولهذا قالوا لو ان المشتري حنطة امر المشتري البايع بالطحن او بالالقا
في الماء صح لانه امر بالتعييب والاستهلاك مقصودا ثم يثبت القبض حكما للتعييب
بعد ذلك واذا صار المشتري قابضا لم يكن للبايع ان يمنع واحدا منهما لانه لما
اقدم على التعييب احدهما مع علمه ان المشتري يصير قابضا حكما للتعييب
صار راضيا بقبض المشتري والمشتري متى قبض المبيع قبل نقد الثمن برضى البايع
لا يكون له ولاية الاسترداد ليحبسه بالثمن وان نقده مهلك في يده فهو ضامن
لقيمته لانه متعد وليس له حق الحبس فصار غاصبا ولو ان البايع اذن للمشتري
في قبض احدهما كان اذنا في قبضهما لانه اذن له بالقبض مطلقا فينصرف الى القبض
المستحق للمشتري بحكم العقد والقبض المستحق بحكم العقد قبض ينتفع به
المشتري والانتفاع لا يتهيأ الا بهما فكان الاذن بقبض احدهما اذنا بقبض الاخر
بخلاف ما لو اعار احدهما وامر المستعير بقبضه لا يكون اذنا بقبض الاخر لان
قبض المستعير غير مستحق على المعير فالاذن بقبض احدهما لا ينتصب اذنا بقبض
الاخر وقال بعضهم في الاعارة ايضا يكون اذنا بقبضهما و[illegible] على [illegible]
غرضه التمكن من الانتفاع في الحال بل الايداع في الحال حتى يتسلم الاخر ولو راى
المشتري احدهما ورضيه ثم راى الاخر فلم يرضه فهو بالخيار فيهما لان رويه احدهما
لا يوثر في الاخر فصار كشيئين في الرويه ورويه احدهما لا تعرف حال الاخر
لتفاوت بينهما في مثل هذا التعيير ولو كانا شيئين حقيقة ومعنى فرويه احدهما لا يكون
رويه الاخر ولهذا لان الرويه امر يرجع الى الصورة لانها من باب العيان الذي
يدرك به الاوصاف الظاهرة وفي الشي الواحد انما يبطل الخيار برويه بعضه

نوقفه

نوقفه على حال الباقي او برويه ما هو المقصود من المعقود عليه او معظم منافعه
وهنا ليس احدهما مقصودا والاخر تبعا اصلا دون الاخر فلا بد من رويتهما ولو قبضهما
من البايع ثم وجد باحدهما عيبا لم يكن له ان يرده خاصة بل يردهما او يمسكهما
لان عيب احدهما يوثر في الاخر فكانا شيئا واحدا في حق العيب وبوجود
العيب بجزء من المبيع يتمكن من رد الكل وكذا لو وجد باحدهما بعدما حدث عنده
في احدهما عيبا لان حدوث العيب باحدهما كحدوثه فيهما ولهذا لانه لو رد المعيب
خاصة يعود الى البايع بعيب حادث لان التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك
عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذي ليس به عيب لم يكن له ان يرد
ما بقي ولا يرجع بشي كما في الشي الواحد حقيقة اذا باع بعضه [illegible]
الا ترى لو ان رجلا استهلك احدهما كان لصاحبه ان يسلم الباقي اليه وياخذ
منه قيمتهما لان استهلاك احدهما ما يوثر في الاثر فانه يورث عيبا فيه فاعتبر
فيما المعنى كما لو ان عبدا او امة او ثوبا او احدا الجنى على بعض اعضايه او خرقه
خرقا فاحشا بخلاف ما اذا اشترى عبدين او ثوبين وقبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا فانه يرد المعيب خاصة عند علمايا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رحمه
الله له ان يردهما وليس له ان يرد احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد الى
الردي لترويج الردي بثمن الجيد عادة معروفة فلو رد المعيب تضرر البايع بذلك
فليس له الا ان يردهما كما في الفصل الاول الا ترى ان في الرويه وخيار الرد
والشرط ليس له ان يفرق بينهما وكذا في الرد بالعيب قبل القبض يكون الحكم
لكنا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة لان
البيع وقع على التسليم ظاهرا فتم الرضى لوجود السلامة ظاهرا ثم علم الرد
العيب وذلك وجد باحدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة الا ترى انه لو
استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الاخر فكذا اذا وجد العيب في احدهما
بالاخر انتفاعا فصار كما لو استحق نصف العبد او نصف الدار او الثوب
بخلاف خيار الشرط والرويه لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض اوصاف
المبيع والعلم انما يثبت بالاوصاف بالقبض والنظر فيه ولهذا لو ابطل خيارا د

الرؤية نصًّا قبل الرؤية لا يصح والخيار انما يشترط لاختبار المبيع وذلك انما يكون بالقبض والتجربة والامتحان فلا يتم الصفقة بالقبض وكذا خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان يصير البايع ههنا من الوجه الذي ذكر زفر رحمه الله فلذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وليس ضرره بسبب الخيار له في احدهما نشوءه في الاخر كما لو سمي لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما بعينه

باب من الشرى الذي يدفع فيه بعض الثمن ويرد احدهما بعيب مما اشترى

اصل الباب ان الصفقة متى اتحدت بجميع الجهات انما لا يتمكن المشتري من قبول البيع في البعض دون البعض او من قبض البعض دون البعض وبتعدد احدها يتمكن انما احتج عليه المشتري القبول في البعض وقبض البعض بغير رضى البايع والفرق ان في قبول البيع في البعض اضرارا بالبايع لان العادة جرت بين التجار بضم الجيد الى الردي وبيعهما بثمن واحد فينقصون من ثمن الجيد قليلا ويزيدون في ثمن الردي قليلا حتى يصير الثمن عدلا فيهما فيروج الردي بسبب الجيد فلو قلنا بان المشتري عليه القبول في احدهما فالظاهر انه يقبل العقد في الجيد ويترك الردي فيتضرر به البايع واذا لم عليه التفريق في القبول فكذلك لا عليه في القبض لان فيه تفريق الصفقة على البايع التمام في القبض والقبض تشبه القبول لان ملك الرقبة ان ثبت قبل القبض فملك التصرف لم يثبت وفي التفريق قبل التمام ضرر بالبايع لان المشتري يقبض من الجيد ويقبضه ويترك الردي على البايع حتى يهلك عنده فيسقط عنه ثمنه وفي الوجه الثاني ملك المشتري قبول العقد في البعض دون البعض لانه لا ضرر فيه على البايع لانه لما فرق الصفقة علم انه ليس مقصود البايع ترويج الردي بسبب الجيد فاستقام الجري على موجب التفريق واذا ملك التفريق في القبول ملك التفريق في القبض بطريق الاولى لانعدام الضرر فبعد هذا نحتاج الى معرفة الصفقة الواحدة والصفقة المتعددة فنقول اذا تعارضت جهات الاتحاد وجهات التفريق يعمل بالغالب منها ونرجح الغالب على المغلوب وفي البيع ثلثة

اشيا عاقد وعقد وثمن فاذا اتحد الكل يكون الصفقة واحدة وذلك بان لم يتكرر لفظ البيع ولا الشري واتحد الثمن بان ذكر جملة واحدة واتحد البايع والمشتري بان كان البايع واحدا والمشتري واحدا كانت الصفقة واحدة بالاتفاق قياسا واستحسانا وان تعدد العاقد بان كان البايع اثنين وكذلك المشتري او من احد الجانبين اثنان ومن الجانب الاخر واحد والمعقود عليه واحدا او اكثر واتحد العقد والثمن بان قال البايع للمشتريين بعت منكما او قال البايعان للمشتري بعنا منك او قال البايعان بعنا منكما كانت الصفقة متحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وهذا لانه لو تعددت الصفقة بتعدد العاقد والمعقود عليه صار ابتدا البيع منحصرا في كل عبد وذلك باطل ولو تعدد الثمن والعقد والعاقد واحد بان قال البايع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة او قال بعتك هذا الثوب بكذا وهذا بكذا او بعتك هذا الثوب كل نصف منه بعشرة او قال المشتري ذلك فكذلك لان ما يوجب الاتحاد راجح لان العقد واحد وهو البيع والشري والبايع والمشتري انما يقول الثمن لا غير وهذا لان الركن في العقد الايجاب والقبول وتسمية الثمن وتقويم المعقود عليه شرط الصحة البيع فمتى اتحد العاقدان واتحد الايجاب والقبول كان اتحاد الركن اولى من النظر الى اتحاد الركن اولى من النظر الى اتحاد الشرط وهذا لان الكلام اذا صدر من واحد موقوفا اول الكلام على اخره فصار كانه ذكر الثمن جملة ولو تعدد العقد فهذا لا يتصور مع اتحاد الثمن والعاقد لان تفسير تعدد العقدان يقول بعتك هذين بعشرين بعت هذا بكذا وهذا بكذا وانما يتصور مع تعدد الثمن لكن قد يكون مع اتحاد العاقد بان كان واحدا فهذا هو الكلام في الاتحاد اما تعدد الصفقة ان تعدد الاشيا الثلثة كانت الصفقة متعددة بالاتفاق قياسا واستحسانا وان كان العاقد اثنين في كل جانب لان عند اختلاف العاقدين يفترق الايجاب والقبول فقد اختلف فقد اختلف ركن العقد فتفرقت الصفقة ضرورة لذلك ان كان العاقد اثنين في جانب لان احد الركنين قد افترق في الجانب الذي تعدد العاقد واتحد في الجانب الاخر فتعارضا فوجب

الترجيح بالتسمية لان التسمية لم يجر ذكرها في العقد لكنها جارية مجرى الوصف
فيها فاستقام الترجيح بها ولان الكلام اذا صدر من اثنين لا يتوقف كلام احدهما
على الاخر بعد صدوره على حدة واذا افترق الكلام تفرقت الصفقة وان تفرق
الثمن بان سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وتكرر البيع والشرى والبايع والمشتري
واحد كانت الصفقة مختلفة بالاتفاق بان خاطب الواحد واحدا فقال
بعتك هذه الاثواب بعتك هذا الثوب بعشرة وبعتك هذا بخمسة او خاطب
المشتري فقال اشتريت هذه الثياب اشتريت منك هذه الثوب بعشرة بعشرة
واشتريت منك هذا بعشرة لان ما يوجب التثنية راجح على ما يوجب الاتحاد
وان تفرق الثمن واختلف العاقدان بان كان البايع اثنين وهو ولك المشتري
او من احد الجانبين اثنان ومن الجانب الاخر واحد وتفرق الثمن ولم يتكرر
لفظ البيع او الشرى ذكر في بعض المواضع من هذا الباب وجعلها صفقتين
لرجحان جهة التعدد وذكر في بعض المواضع انه لا يتعدد ما لم يتكرر لفظه
العقد واختلف المشايخ رحمهم الله منهم من قال ما ذكر انه يتعدد فهو جواب
القياس وما ذكر انه لا يتعدد فهو جواب الاستحسان وجه القياس
انما يوجب التعدد راجح وجه الاستحسان ان ما يوجب الاتحاد راجح
لان العقد متحد والثمن كذلك من حيث المعنى لانه لو فرق الثمن ان يقول
احد البايعين بعت نصيبي بكذا والاخر يقول نصيبي بكذا او المشتريين
قالا ذلك وهذا بيان ما يقتضيه تسمية جملة الثمن فانهما اذا قالا بعناك
هذا العبد بالف درهم كان نصيب كل واحد منهما خمسمائة منها عاما ومنه
والتسمية ما يقتضيه مطلق الكلام وجوده وعدمه بمنزلة فلم يتفرق الثمن
من حيث المعنى وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره ان عند تعدد العاقد في
الجانبين او في جانب واحد افتراق التسمية انما يجعل صفقتين اذا ذكرت
صيغة العقد بان يقول البايع من اثنين بعت نصف عبدي منك بكذا
وبعت النصف الاخر منك بكذا او يقول المشتري ان كل واحد منهما اشتري
نصف العبد بكذا وكذا فيما اذا كان البايع اثنين والمشتري واحدا

او من

الرهن لانه لما سمى لكل نصف ثمنا تفرقت الصفقة فيفسد لمكان الشيوع اشار
محمد رحمه الله في الكتاب الى هذا فقال لهما نقضا ان كانه رهن هذا العبد بخمسماية وكذا
لو ابراه البايع عن ثمن ثوب بعينه فاراد ان ياخذ ذلك الثوب لم يكن له ذلك لان
البراءة بالابراء لا يكون اعلى حالا من البراءة بالايفاء وثمة ليس له ان يقبض البعض
فهنا اولى ولو اخر البايع عن احدهما بعينه شهرا او اخر جميع الثمن الا درهما
ليس له ان يقبض شيئا من الثياب حتى ينقد الباقي لان التاخير براءة موقتة
ولا يكون اكثر حالا من البراءة المؤبدة ولذلك لو كان اصل العقد على
هذا الوجه بان عقد على ان ثمن ثوب منها حالا وثمن الباقي الى الاجل
او على ان كل الثمن مؤجل الا درهما لا يملك قبض شيء حتى ينقد جميع الثمن
لما قلنا وكذا لو باع عشرة اثواب بماية درهم كل ثوب بعشرة وللمشتري
على البايع تسعون درهما دينا فعين التسعة التي بمقابلة الدين ليس له ذلك
حتى يؤدي العشرة لان ابقاء بعض الثمن بالمقاصة لا يكون اعلى حالا من
ابقاء بعض الثمن حقيقة باليد ولو ادى باليد لا يكون له ان يقبض شيئا
منها بغير رضى البايع فكذا اذا اوفى بالمقاصة وكذا لو اشترى ثوبين
احدهما بعشرة دراهم والاخر بدينار فنقد ثمن احدهما اواحد ليس له ان
ياخذ ذلك الثوب لما قلنا الا اذا باع كل ثوب بثمن على حدة بان
قال بعت منك هذا الثوب بكذا وبعت منك هذا الثوب بكذا لان
تفرقت الصفقة لتعدد صيغة العقد الذي هو ركن في العقد ولان
اشتريا عبدا بالف درهم فغاب احدهما ونقد الباقي حصته من الثمن
فليس له ان ياخذ نصيبه حتى يعطي الثمن كله عندهم جميعا لان الصفقة
واحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح لان العقد واحد والثمن ذكر جملة
وانما اختلف العاقد وهو المشتري فكانت الصفقة واحدة الا ترى ان
احدهما لو اراد التفرق في القبول بان قبل احدهما في النصف لم يكن
له ذلك الا برضى البايع لانه تفرق الصفقة قبل التمام فكذا اذا
اراد ان يتفرق في القبض لان تفريق الصفقة متعذر لان المشتري لو

فانه لا بد ان يقول المشتري اشتريناه فتكرر منهما لفظ الشرى ومتى تكرر
لفظ الشرى او الشري تتكرر الصفقة فقيل له المشتري ان تكرر من
حيث الحقيقة لم تتكرر من حيث المعنى والاعتبار لانه لا يمكنهما التكلم بعبارة
او جز من هذه متى اشتريا فاعتبر ذلك كله كلاما واحدا معنى بخلاف
ما لو قال احدهما اشتريت انا النصف بحصته وقال الاخر اشتريت انا ايضا
النصف بحصته حيث كانت الصفقة متفرقة لان الشرى قد تكرر من
حيث الحقيقة والاعتبار لانه يمكنهما التكلم بعبارة او جز من هذه بان
يقولا اشترينا هكذا كما قلنا في الطلاق اذا قال لغير المدخول بها انت
طالق واحدة وواحدة تقع واحدة لانه امكنه ايقاع الثنتين بكلام اوجز
من هذا فعد كل كلام على حدة ولو قال انت طالق واحدة ونصفا تقع ثنتان
لا يمكنه العبارة عن هذا العدد باوجز من هذا فكان كلاما واحدا فان
اوفاه الثمن كله اختلفوا في ثلاث مواضع احدها ان البايع هل يجبر على
قبول نصيب الغايب من الثمن قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا
يجبر وقال ابو يوسف رحمه الله لا والثاني اذا قبض نصيب الغايب من
الثمن هل يجبر على دفع نصيب الغايب اليه وهل له قبضه عندهما يجبر
وله قبضه وعنده لا والثالث اذا ادى الثمن كله وحضر الغايب هل له
ان يرجع على الغايب ويحبس نصيبه حتى يستوفي منه نصيبه من
الثمن عندهما له ذلك وعنده لا وحاصل الخلاف راجع الى ان الحاضر في
ايفا نصيب الغايب من الثمن او غير متبرع عنده متبرع وعندهما لا وروى
بشر عن ابي يوسف في نوادره انه يدفع نصف الثمن ويأخذ نصف
العبد وهو قول الشافعي رحمه الله فان ادى جميع الثمن واخذ العبد فهو
متطوع لانه ادى جميع ما لزمه بالعقد فكانه ابتاع وحده فان
قبض الجميع فقد قبض ما ليس له قبضه فكان غاصبا لابي يوسف رحمه
الله على رواية الاصول انه لا يقبض شيئا حتى يودي جميع الثمن ويكون
متبرعا لانه قضى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فيكون متطوعا

وقولنا بغير امره لانه لم يوجد الامر من الغايب لا نصا ولا دلالة لانه لم
يوجد الا المشاركة في العقد وانه ليس امرا دلالة ولهذا لو كان حاضرا
وادى لا يرجع عليه ولو كان امرا دلالة لرجع عليه كالوكيل بالشرى وقولنا
غير مضطر لانه غير مطالب من قبل البيع ولا يحيي به لنفسه حقا
ايضا لانه يعتقد عتق البعض شيئا يساوي حصته فلم يكن فيه ضرورة
بخلاف معير الرهن لانه يقضي دين غيره بامره لان الراهن امر بقضا
الدين من ماله حيث رهن ماله بدينه مع علمه ان عاقبته الاستيفا ولانه
مضطر يحيي به حق نفسه باداء مؤنته لشرع وبخلاف ما اذا احال
على مديونه ثم قضى دين المحتال لانه يحيي حق نفسه ويستخلص دينه
لنفسه ويقطع رجوع المحتال عليه عن نفسه عند الادا ان لم
يكن له دين واذا قضى لا يقبض الا نصيب نفسه لانه اجنبي عن
نصيب الغايب الا ترى انه لو كان حاضرا لا يكون له ذلك فكذا
اذا كان غايبا ولهذا لان الغايب يتضرر باداءه لان ماله مضمون
على البايع لو هلك يسقط الثمن عنه ولو نفذ قبضه على الغايب
يكون الهلاك عليه ويلزمه الثمن من غير ان يسلم له المبيع بدفعه فيكون
في الادا متبرعا على البايع موكدا ملكه في الثمن ولا يرجع على الشريك
لما وجهنا ولهما انه قضى دين الغايب بامره لانه ان لم يوجد الامر
صريحا وجد دلالة لانه متى اقدم معه على الشرى معه وغاب
وهو يعلم ان شريكه محتاج الى قبض نصيبه ولا يتمكن من قبض نصيبه
والاستيفاء عليه الا بايفاء نصيبه وقبض نصيبه من العبد كان
امرا او اكتساب دلالة لان دخولهما في العقد اذن من كل واحد منهما
لصاحبه فيما يتوصل به الى احكام العقد فصار كالاذن له الا ترى
ان الوكيل بالشرى اذا نقد الثمن صار امرا له ولانه مضطر
في قضا دينه لانه لا يتوصل الى قبض نصيبه الا بنقد كل الثمن
ومن قضى دين غيره بغير امره وهو مضطر فيه يرجع عليه كمعير

الرهن وكما لو دخل سفل الاخر اذا انهدما وامتنع صاحب السفل عن البناء وبنى
صاحب العلو فان له ان يرجع عليه لانه لا يمكنه الوصول الى حقه والانتفاع
عليه الا ببناء السفل فلا يكون متبرعا وقوله لا يحبس حصته لم يذكر ذلك
لان الشريك غائب في الاصل وانما ذكر الغيبة في الامالي فانما يعد دليلا على
حاجته اليه فاشبه معير الرهن اذا قضى الثمن وهو سبيل من شرع
وللثمن تعلق بالبيع كان بسبيل من امره فانما يحفظ نفعه في المقابلة
في المعاوضة ولان له قبض نصيبه ولا يتاتى ذلك الا بنقض الكل
ولا يتاتى نقض الكل الا بنقد كل الثمن فاخذ شبها بالوكيل من هذا الوجه
ولكن يخالف الوكالة فيه لان ثبوت الملك لصاحبه متعلق بقبوله
فانه لا يتبع الملك لكل واحد منهما الا بقبولهما جميعا فاذا اعتبرنا
هذه الشبهة في موضع الضرورة لا في غير موضع الضرورة وهو حالة
الحضور لانعدام الحاجة لانه يتوصل الى الانتفاع عليه من غير
دفع الثمن بان يرفع شريكه الى الحاكم ليلزمه الاجماع معه على دفع
الثمن فاذا لم يفعل وادى كان متطوعا واذا ثبت انه كالوكيل
عندهما في احكام العقد فاذا ادى حصته من الثمن كان له ان
يرجع عليه وله ان يحبس نصيبه منه لاستيفاء الثمن كالوكيل
ولو هلك في يده قبل الحبس من الغائب هلك امانة ولا يبطل حقه
في الرجوع ولو هلك في يده بعد الحبس سقط الثمن عن الغائب
كما لو هلك في يد الوكيل بعد الحبس ولو ابرا البائع احدهما
عن حصته من الثمن او اخر عنه لم يكن له ان يقبض نصيبه من
العبد حتى ينقد صاحبه ما عليه لانه لو سوى عن نصيبه بالابرا لم يكن
له ان يقبض نصيبه ما لم يقبض البائع الثمن كله عندهما لان الصفقة
واحدة فبقي الابرا والتاجيل اولى ولو ان المشتريين اشتريا العبد
من البائع بالف درهم كل واحد منهما نصفه بخمسمائة لكن صفقة واحدة
بان قالا اشترينا بالف درهم نصفه انا بخمسمائة ونصفه هو بخمسمائة

او قال البائع بعت هذا العبد منكما نصفه من هذا بخمسمائة ونصفه من هذا
بخمسمائة وقالا اشترينا ولم يذكر لفظة البيع فلكل واحد منهما ان ياخذ
حصته اذا نقد حصته من الثمن هكذا ذكر وهو جواب القياس او قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على جواب الاستحسان او قول ابي حنيفة رحمه
الله على حسب ما اختلفوا فيه ليس لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه وجه القياس
ان جهة التفرق غلبت جهة الاتحاد لان الموجب للاتحاد شيء واحد وهو اتحاد
البائع والموجب للتفرق شيئان تعدد الثمن وتعدد المشتري في هذا لان كل
واحد منهما قال اشتريت نصفه بخمسمائة فتفرقت الصفقة في حقهما وقول
البائع بعت جواب لهما فصار كانه قال لكل واحد منهما بعت نصفه منك بخمسمائة
فصارت هذه العقود متفرقة وكذا اذا ابدا البائع وجه الاستحسان ما ذكرنا
ان البيع والشرى لم يتكرر من حيث الاعتبار لانه موجب الاجمال ثم قال
محمد رحمه الله في الكتاب ذلك صفقة واحدة ثم جعلها صفقتين حيث قال اذا
نقد احدهما حصته من الثمن فله ان يقبض نصيبه فقد جمع بين امرين متنافيين
روى القاضي ابو القاسم عن القضاة رحمهم الله انهم قالوا ان محمدا رحمه الله ذكر
صفقة واحدة خطا الاعلى تصحيحه ومنهم من اشتغل بتصحيحه فقال اراد محمد
رحمه الله بقوله صفقة واحدة معنى واعتبارا لكنهما صفقتان حقيقة لتكرر
الشرى بينهما حقيقة لكن هذا التصحيح انما يتاتى على قول من ذهب ان
هذا جواب القياس اما على قول الجصاص ومن تابعه رحمهم الله ان هذا
قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يتاتى هذا التصحيح فانه جعلها صفقتين
حقيقة ومعنى حتى كان لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه فقد جعلها صفقتين
معنى وكان بين قوله صفقتين معنى وبين قوله صفقة واحدة معنى تناف واذا ابرا
احدهما او اخر فله ان يقبض نصيبه لانه لو نقد احدهما الا نقد له ان يقبض
نصيبه فكذا اذا برئ بالابرا او التاجيل وهذا على جواب القياس و
قولهما ولذلك لو اشترى العبد منه صفقة على ان نصف العبد لهذا الرجل
بخمسمائة اي نقد ونصفه لهذا الاخر بخمسمائة حالة او نصفه لهذا بخمسين

دينارا او بنصف هذا الخمسمائة درهم فقبلا على ان ذلك صفقة واحدة واراد
بقوله صفقة واحدة يعني قبلا العقد بكلام لا يتصل فيه بان يقولا قبلنا على
تفصيل البائع الا انه اراد به حقيقة الصفقة الواحدة الا ترى انه اعتبر فيه
احكام الصفقتين قيل هذا ايضا جواب القياس اما على جواب الاستحسان
فهي صفقة واحدة قيل الاصح ان هذا صفقتان قياسا واستحسانا لان ذكر
حصة كل واحد لم يتبع ما بعدها لانه ليس يوجب ذكر الثمن على سبيل الاجمال
تفريق الصفقة وعند الكرخي رحمه الله لا بد من التفصيل في قولهما ايضا
حتى تتعدد على ما ذكرنا ولذلك رجلان اشتريا من رجلين عبدين احدهما للاخر
بعينه بمائة دينار والاخر للاخر بالف درهم صفقة واحدة على الوجه الذي قلنا
وهو ان يقول المشتريان قبلنا فلكل واحد منهما ان يقبض عبده اذا ادى ثمنه لان
ذلك تفصيل معنى اذا خرج جوابا للتفصيل وهذا جواب القياس او قولهما لان
الثمن مختلف والعاقد مختلف والعقد لا لانه لم يتكرر لفظة الشرى او البيع
في مثل هذه الصورة كانت الصفقة متعددة قياسا او على قولهما اما في
الاستحسان او على قول ابي حنيفة رحمه الله الصفقة متحدة لعدم تكرر لفظة
البيع او الشرى وكذلك لو كان من كل واحد منهما درهم يريد به اذا قال
اشتريتهما بالف درهم الا هذا بخمسمائة وقال البائعان بعنا او قال البائعان
ذلك فقالا اشتريناهما بالف درهم لما قلنا ولو قال اشتريا العبدين بالف
درهم وما بعد لينا صفقة واحدة ولم يسما من كل واحد منهما فليس لواحد
منهما ان يقبض شيئا حتى يؤديا الثمن كله وهذا جواب القياس والاستحسان
عندهم جميعا لان الصفقة واحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح فانه شيئان
وهو اتحاد العقد والثمن لان الثمن في كل واحد منهما بعض الالف وبعض
المائة مقابلا بعض العبدين شائعا كما اقتضاه اللفظ الا ترى انه لو
قبل واحد المشتريين دون الاخر لم يصح لما فيه من تفريق الصفقة على البائع
فكذا اذا اراد احدهما قبضه رجلان باعا من رجل عبدين او عبدا بالف
فنقد المشتري حصة احد البائعين لم يقبض ما اشترى منه حتى ينقد الاخر

لان الصفقة واحدة لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو اتحاد العقد والثمن
لان البائع لم يتكرر معنى واعتبارا والثمن ذكر جملة وانما اختلف البائع
لا غير ولو باع كل واحد منهما عبده على حدة بحصته على حدة والثمن كل دراهم
او دنانير كان للذي نقد حصته ان يقبض حصته من العبد لان الثمنين
وقعا مختلفين وقد ذكرنا ان كل واحد منهما اعاد كلمة البيع قال
محمد رحمه الله في الاصل ولو باع كل واحد منهما حصته على حدة بثمن على
حدة صفقة واحدة يريد به اذا خاطب احد البائعين المشتري ببيع حصته
بثمن على حدة والاخر كذلك فقال المشتري اشتريت فقال الشيخ الامام
الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرح هذا الكتاب وهذا ايضا
جواب القياس او قولهما لان الثمن اختلف والعاقد كذلك والعقد
لا لانه لم يتكرر البيع ولا الشرى في مثل هذه الصورة كان
اختلاف الصفقة على الاختلاف فكذلك هنا قال الصدر الشهيد
رحمه الله الا ان هذا غير سديد بل يجب ان تكون الصفقة مختلفة قياسا
واستحسانا عندهم جميعا لان البائعين يمكنهما ان يقولا معا فاذا قال
كل واحد منهما بعت هذا العبد او قال كل واحد منهما بعت نصف هذا العبد
كان لفظ البيع متكررا حقيقة ومعنى الا ترى انه رحمه الله ذكر
في شرح هذا الباب قبل هذا ولو قال المشتريان كل واحد منهما
اشتريت نصف العبد كانت الصفقة متعددة لانه يمكنهما ان
يقولا اشترينا فاذا قال كل واحد منهما اشتريت نصف هذا كان
لفظ الشرى متكررا حقيقة ومعنى وهاهنا ما يوجب البينة اجمالا
رجلان باعا من رجلين عبدين بالف ولكل واحد من العبدين لاحدهما على
حدة فباعا ذلك بالف درهم صفقة لم يكن لهما ان يقبضا شيئا من العبد
حتى ينقدا الثمن لصاحبه ولو نقد احد المشتريين البائع حصته لم يكن
له ان يقبض شيئا مما اشترى حتى يقبضا جميع الثمن وهذا قياس واستحسان
عندهم لان الصفقة واحدة عندهم لان ما يوجب الاتحاد راجح فان

البيع لم يتكرر معنى واعتبارا والثمن لم يختلف فيجعل في الصفقة الواحدة انما لا يملك
المشتري تفريق الصفقة دفعا للضرر عن البائع من حيث انه يقبض الجيد ويترك
الردي عليه وهنا لا ضرر على احد البائعين متى نفذ احصته وقبضا عنده
قبل له ثمره وهنا يلحق البائع الضرر من وجه اخر وهو انه متى تعذر الكل مجموعا
يصير المشتري واداه محتملا ذلك على تقدير نصيب صاحبه ولانا اعتبرنا
التفريق في القبول ولو قبل احدهما البيع او قبل نصيب احد البائعين لا يصح فكذلك
القبض وانما يصح القبول اذا كان مطابقا للايجاب فاذا باع شيئين وقبل
في احدهما او شيئا وقبل بعضه لا يكون هذا قبولا للايجاب لكنه ابتداء ايجاب
من المشتري فكان للبائع الخيار دل عليه ما ذكرنا في الايمان اذا قال امرأته
طالق وعبده حر ان شاء فلان فشاء احدهما دون الاخر لا يقع شيء لانه ليس بجواب
فاذا لم يصح الجواب في احدهما مع انه لا ضرر على الزوج والمولى فهنا اولى وذكر
الكرخي رحمه الله اذا قال بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل المشتري في احدهما
لا يصح وان رضي البائع في المجلس لان حصة هذا العبد من الثمن مجهولة الا ان
يسمي الثمن فيرضى البائع به ولو قال بعتك هذين كل عبد بالف فقبل احدهما لا يصح الا
ان رضي البائع في المجلس ايضا وان رضي يصح ولا يحتاج الى بيان الثمن لان لكل
حصة معلومة ولو سمى لكل واحد من المشتريين من الذي اشتراه كان له
ان ينتقد حصته اذا انتقد ثمنه وهذا قياس او قولهما اما على الاستحسان
او قول ابي حنيفة رحمه الله لا رجل قال لاخر قد بعتك هذه العشرة الاثواب
كل ثوب بعشرة فقبل المشتري البيع في احدهما ليس له ذلك لان الصفقة واحدة
عندهم جميعا لان الموجب لا يتجاوز ولو قبل ونقد بعض الثمن ليس له ان
ياخذ شيئا وانه لو قال لرجلين قد بعتكما هذا العبد بالف درهم
فقبله احدهما واراد الذي قبل ان ياخذ نصفه ليس له ذلك لان الصفقة متحدة
فلا يملك التفريق بالقبول ولو كان البائع قال لهما بعتكما هذا العبد بالف
بعتك ايها المشتري نصفه بخمسمائة وبعتك ايها الاخر نصفه بخمسمائة فقبل
احدهما دون الاخر صح في نصفه وهذا قياس واستحسان عندهم جميعا لان

الصفقة

الصفقة قد تعددت لان العاقد يختلف والبيع متكرر والثمن يختلف ولو ان رجلا
قال بعتك عبدا هذا بالف درهم فقال المشتري لاحدهما قبلت حصتك ولا اقبل حصة الاخر فليس
له ذلك لان الصفقة واحدة ولو سمى البائعان ثمن حصة كل واحد منهما بان قالا بعناك بالف
وقال احدهما بعت حصتي بخمسمائة وقال الاخر مثل ذلك فقبل المشتري نصيب احدهما جاز
وهذا قياس او عندهما اما في الاستحسان او عند ابي حنيفة رحمه الله لا ولو اشترى دارا من
رجلين صفقة واحدة وسمى ثمن حصة كل واحد فللشفيع ان ياخذ الحصتين وهذا قياس
او قولهما وان اشترى الحصتين جملة بالف فليس للشفيع ان ياخذ حصة احدهما دون الاخر
وهذا قياس واستحسان وقولهم جميعا لان الصفقة واحدة فالحاصل ان في كل موضع يملك
المشتري التفريق في القبول والقبض يملك الشفيع التفريق في الاخذ لتفرق الصفقة وقيامه
مقام المشتري وفي كل موضع لا يملك المشتري التفريق في القبول والقبض لا يملك الشفيع
التفريق في الاخذ لاتحاد الصفقة

باب من البيعين اللذين يقعان معا من البيع والهبة والعتق والنكاح

اصل الباب ان الاشياء المتزاحمة يجب صيانتها عن التضييق ما امكن والتصرفات
المتغايرات والمتنافيات في الحكم يجوز اجتماعهما في محل واحد في وقت واحد لا تثبت
على سبيل التوقف لان حكم الموقوف يثبت على سبيل التردد ولا يستقيم التردد في
تصرفات كثيرة في محل واحد لانه ليس في ذلك الا اجتماع شيئين اليه على ان يعمل
احدهما وذلك جائز كالدار الواحدة اذا اجتمع فيها شفيعان او شفعاء وكوجوب
القصاص لجماعات وجنايات المدبر اذا كان شفيعو الدار اجتماعهما بوصف لتنافي لان
حكم النافذ مقطوع به المحل في زمان واحد يصير عن احكام متعارضة والموقوف
اذا وقعا متعارضين فالسبيل فيه الترجيح ان امكن او التنصيف ان استويا والمحل
قابل للحكم على سبيل التردد وان لم يكن احدهما قابلا للتنصيف يبقى احدهما فهو
قابل للتنصيف ويبطل الاخر وان لم يكن كل واحد منهما قابل التنصيف بطلا لان
كل واحد منهما يدفع الاخر ومع التدافع لا يستقيم التدافع واذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل باع عبد الرجل بغير امر من رجل وباع رجل اخر
ذلك العبد من رجل اخر فبلغ المالك فاجازهما جاز كل واحد من العقدين في النصف

والمشتريان بالخيار ان شا اخذ كل واحد منهما نصفه بنصف الثمن الذي اشتريه وان شا ترك اما جواز البيع فلانه لا تنافي في انعقادهما بوصف التوقف واحتمال انعقاد البيع في كل واحد من العقدين بانفراده كاف للاعتبار بوصف التوقف لاحتمال العاقدين والبايع ولا يوجب فسخ الاول لان الثاني لا يملك فسخ الاول قصدا فلا ينفسخ الاول حكما للثاني ايضا فيبقي موقوفين فاذا اجاز المالك البيعين فقد ملك كل واحد من البيعين في نصف العبد بنصف الثمن لان البيعين مستويان في الاحكام لا مزية لاحدهما على الاخر والمحل قابل للشركة فقضينا بالمساواة بحيث الرد الى النصف اذا كان العقدان مما يحتمل الرد الى النصف لان المستحق بالبيع هو المبيع والثمن وانه قابل للشركة الا ترى انهما لو كانا وكيلين وخرج الكلام منهما معا او على التعاقب لا يعرف السابق منهما كان الحكم ما ذكرنا فكذا هذا لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا فان قيل ينبغي ان يبطل البيعان جميعا لان المالك اجاز كل واحد من البيعين في جميع العبد واجازة احد البيعين بعينه في جميع العبد توجب انفساخ البيع الاخر قبل اذا اجاز احد البيعين بعينه انما ينفسخ الاخر لانه تعذر اجازة البيع الاخر من المالك القديم لانه زال عن ملكه ومن المالك الجديد لانه لم يتوقف عليه فينفسخ ضرورة لانه طرا الملك البات على الموقوف فابطله اما هنا امكن الاجازة في نصف العبد لما اجاز البيعين معا في جميع العبد بان يجعل محل الكل واحد من البيعين في نصف العبد حتى لا يلغوا الاجازة فان المجيز قصد الصحة وقد امكن اثباتها في نصف العبدان اثباتها في نصف العبد ان تعذر اثباتها في جميعه فيجعل مجيزا للنصف تصحيحا للكلام بقدر الامكان الا ترى ان الوكيلين باع كل واحد منهما جميع العبد وقع هذا في النصف كذا هنا فرق بين هذه المسالة وبين الفضولي اذا زوج امة انسان من رجل وفضولي اخر زوجها من رجل اخر فاجاز المولى النكاحين معا يبطل النكاحان جميعا والفرق ان النكاحين يستويان في الاحكام وحكم الاستوا يجب الرد الى النصف والنكاح مما لا يحتمل الرد الى النصف لان ملك النكاح لا يحتمل التجزي اما ملك اليمين يقبل التجزي فيرد الى النصف ولانا اعتبرنا الاجازة بالتوكيل ولو وكل رجلين

كل واحد منهما على حدة ان يزوج امته فزوجها كل واحد منهما من رجل على حدة ووقع العقدان معا بطل العقدان فكذا اذا اجاز في الانتها واما خيار المشتريين لان كل واحد منهما اشترى جميع العبد ولم يسلم له الا النصف فيتغير على كل واحد منهما شرط عقده فيتخير ولو رد احدهما لا يكمل حق الاخر لان الملك وقع على المناصفة بحكم المزاحمة فانفسخ العقد في كل نصف بنقصه السوية العقد الاخر والمفسوخ لا يحتمل العود الا اذا انفسخ احدهما العقد قبل الاجازة ثم اجاز المالك والكل له لانتفا المزاحم بمنزلة المدعي اثنان دارا في يد رجل كل واحد يدعي انه اشتريها من الذي البد وقاما البينة ويقضى بينهما يخيران فلو نقض احدهما البيع لا يكمل حق الاخر لان التنافي القضا بينهما فينفسخ بيع كل واحد منهما في النصف ولو ترك احدهما الخصومة قبل القضا يقضي الكل للاخر وكذلك لو كان الذي ولي البيع رجل واحد والمشتري اثنان هكذا ذكره في الكتاب ولم يفصل بينما اذا باع الواحد منهما العبد بلفظ واحد بان قال بعت منكما هذا العبد بالف درهم او بلفظين بان قال لاحدهما اولا بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال للثاني مثل ذلك بعده وحكى الفقيه ابو بكر الجصاص رحمه الله في شرح جامعه عن استاذه ابي الحسن الكرخي رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب محمول على ما اذا باع الفضولي بلفظ واحد اما اذا باع بلفظين ثم اجاز المالك البيعين يقضي بالعبد كله للثاني ويكون بيعه من الثاني جميع العبد فسخا للاول لان الفضولي كان له ان يفسخ البيع الاول قبل الاجازة فينفسخ ايضا حكما لبيعه من الثاني كما لو كان المشتري واحدا فانه ينفسخ الاول بالثاني وكذا لو كان المالك هو الذي باع العبد من رجل وقبل عن المشتري صبي محجور ثم باع المالك من اخر وقبل عن المشتري ايضا صبي محجور او عبد محجور فان الاول ينفسخ بالثاني وكان الكرخي رحمه الله يقول ان المسالة على هذا التفصيل مروي عن اصحابنا رحمهم الله ولم يذكر في الرواية فعلى ما قاله الكرخي رحمه الله وكذا لو كان الذي ولي البيع رجل واحد فهذا العطف على المسالة الاولى في احد الحكمين وهو القضا بالعبد بينهما نصفين اذا قال بعت منكما لا في الحكم الثاني وهو خيار

المشتريين فان الفضولي متى قال بعت العبد منكما او من كل واحد منكما واجاز
المالك لا يتخيران وذكر الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله في شرح جامعه الــزى
املاه وقال ان الفضولي وان باع منهما بلفظين واجاز المالك البيعين جاز كل
كل واحد من البيعين في نصفه وظاهر عطف محمد رحمه الله يدل على هذا لكون
المعطوف مشاركا للمعطوف عليه في الحكمين جميعا وانما قال ذلك لان
البيع الاول انعقد موقوفا على الاجازة ولم يوجد من البايع ما ينفسخ الاول
لا نصا ولا اقتضاء اما نصا فظاهر واما اقتضاء فلانه لا منافاة بينهما لوصف
التوقف حتى يجعل الاقدام على الثاني فسخا للاول كما لو كان البايع بين
اقصى ما في الباب انه ملك الفسخ لكن لا بد من قيام دلالة الفسخ لينفسخ
ولم يوجد بخلاف المالك اذا باع ثم باع لان الاول نفذ في حق المالك انما يوقف
لحق المشتري الا ترى ان المشتري لو اختار لا يحتاج الى الاجازة من جهة
المالك ومن ضرورة نفاذ الاول في حق المالك ان لا يصح الثاني فيصير اقدامه على
الثاني فسخ الاول ضرورة لان له الفسخ قبل اجازة المشتري حتى لا يزول
المبيع عن ملكه وكذا لو كان واحد في حق المشتري انما التوقف لحق المالك
فكان اقدامه على الشري الثاني فسخا للاول ضرورة بخلاف ما اذا فسخ
الفضولي البيع نصا قبل الاجازة لانه الفسخ دفع العهدة وهنا لم يوجد حتى
باع من الثاني فان قيل انه لم يوجد اصل العهدة فرفع الزيادة لان الناس
يتفاوتون في استيفاء الثمن والخصومة قيل له نعم لكن باعتبار الفرار
عن الزيادة ان كان يثبت فسخ البيع الاول فباعتبار التزامه اصل العهدة
لا يثبت والانعقاد كان ثابتا فلا ينفسخ بالشك ولذلك لو كان المولى وكل
رجلا ببيعه ووكل اخر ايضا ببيعه فباع كل واحد من رجل معا لان كل واحد من
البيعين امكن اثباته في نصف العبد فوجب ذلك واحد منهما الى نصف العبد
لاستوائهما تحصيلا لغرض العاقدين بقدر الامكان ولان الاذن في الابتدا
بمنزلة الاجازة في الانتهاء ولو حدثت الاجازة في الانتهاء بالبيعين معا جاز كل
واحد منهما في نصفه ويخير المشتري فكذا في الاذن الابتدا ولو باع الوكيل

من رجل والموكل من رجل اخر معا فكذلك عند محمد رحمه الله لانهما استويا في ولاية
العقد وعند ابي يوسف رحمه الله بيع الموكل اولى لقوة ولايته ولو باع احد
الوكيلين اولا نفذ الاول دون الثاني لان الوكيل الثاني انعزل بنفوذ تصرف
الاول وكذا لو باع الموكل بنفسه او باع الوكيل قبل المالك لانعدام الملك وقت
البيع من المالك رجل باع امة رجل بالف درهم وزوجها اخر من اخر بالف
درهم فاجازهما المولى فالبيع جايز والنكاح باطل واختلف المشايخ رحمهم الله في
علة البطلان منهم من قال انما يبطل لان البيع لما نفذ طرى الحل البات على الحل
الموقوف فبطل الموقوف هكذا حكى الفقيه ابو بكر الجصاص عن الكرخي
رحمهما الله انه كان يقول لو باع الفضولي من الامة من المرأة او من رجل لا تحل له
الامة يجوز البيع والنكاح جميعا ومنهم من قال انما بطل لان البيع مع النكاح مستويان
فان حالة الاجازة كل واحد منهما يبطل برد المالك والنكاح بعد النفاذ ان كان
اقوى من حيث انه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه ولا يبطله الشرط الفاسد فالبيع
اقوى من حيث انه يفيد ملك الرقبة وملك المتعة فاستويا وحالة الاستوا
يجب القضا بكل واحد من العقدين في النصف كما في البيعين الا ان تجويز النكاح في نصف
الامة غير ممكن فلم يبق النكاح مزاحما للبيع فنفذ البيع في الكل ولهذا لان البيع ممكن
ونفذ في النصف بقضية الاضافة وفي المحل الذي نفذ البيع لا ينعقد النكاح
فاندفع النكاح في بعضه واذا اندفع النكاح في البعض اندفع في الكل لانه لا يتجزى
الى هذا اشار في الكتاب فقال لان النكاح لا يثبت مع البيع ولان البيع اقوى
من النكاح فان البيع يرد على النكاح والنكاح لا يرد على البيع الا ترى انه لو
باعها من زوجها لا يجوز ولو زوجها ثم باعها يجوز فاذا اجتمعا ترجح البيع على النكاح
كما قلنا في نكاح الحرة مع الامة وروي عن ابي يوسف انه قال جاز البيع والنكاح
جميعا لانه ليس في احدهما ما يدفع الاخر الا ترى ان رجلا لو اقام البينة على
البيع والاخر على النكاح يقضى لهما جميعا كذلك هنا ولو اعتق احدهما او
دبرا وكاتب او باع الاخر واجازهما المولى معا جاز العتق او فروعه
وبطل البيع لان البيع لا يثبت مع العتق لتنافي ما قلنا ان قضية اضافتهما الى

محل واحد السصف عند الاجان والبيع لا يحتمله المحل مع العتق فاندفع عن
بعض المحل ومتى اندفع عن بعضه اندفع عن كله لان العتق اقوى من البيع فعند
المعارضة رجح الا ترى ان رجلا لو وكل رجلا ببيع نصف عبده ووكل اخر بعتق نصفه
او بكتابة نصفه او تدبير نصفه ففعلا معا جاز العتق والكتابة وبطل البيع
لان اجتماعهما انتقت الحلية في العتق ولم يبق في البيع ولهذا لو اقامت على البينة على
العتق عن ذي اليد او على التدبير واقام رجل البينة على الشرى منه يقضى بالعتق
او التدبير لان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه والعتق ينفرد به المعتق
والشرى لا يتم الا بالايجاب والقبول فكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه
ولانه تعذر رد البيع الى النصف فان بيع النصف مع عتق النصف او تدبير النصف
او كتابته لا يتصور بيع النصف لا عتق العتق وعتق النصف يمنع البيع والعتق
لا يحتمل الفسخ والبيع يحتمل والكتابة يفضي الى الحرية فاذا لم يجز رد البيع
الى النصف لم يبق البيع مزاحما للعتق والكتابة فنفذ العتق او الكتابة رجل
وهب عبد رجل بغير امره وقبضه الموهوب له وباعه رجل اخر من اخر فاجازهما المولى
معا جاز كل واحد منهما في النصف المشترى بالخيار لانهما استويا حالة الاجازة
والمحل قابل للشركة وبان الاستوا استوايهما في القوة لان قوة التصرف بحكمه وحكم
الهبة اذا تمت تكون مثل حكم البيع الا ترى ان كل واحد منهما لا يرد على الاخر
فوجب اعمالهما على السوا في المحل الذي يحتمله وهو الشيوع فيما يحتمل القسمة
فان قيل اقوى من الهبة لانه يوجب الملك بنفسه والهبة لا الا ترى
ان محمدا رحمه الله قال في كتاب الدعوى عبد في يد رجل جاء رجل وادعى انه اشترى
منه بثمن معلوم وادعى الاخر انه وهبه له وقبضه باذنه واقاما البينة
قضي بالعبد كله لمدعي الشرى حمل البيع اولى قيل له انما كان الشرى اولى ثمه
لان العقد قد ظهر بالبينة فحمل التاريخ فيهما كانهما وقعا معا ولو وقعا معا يصح
الشرى ولا يصح الهبة لان الملك بالشرى يثبت بنفس العقد والملك بالهبة لا يثبت
الا بعد القبض فظهر ان الموهوب له حين قبض ملك المشترى فلم يصح الهبة اما هنا
الملك بالبيع والهبة يصح الاجازة وحالة الاجازة والهبة مقبوضة للموهوب له

فلم

فلم يسبق وقوع الملك بالشرى ووقوع الملك بالهبة فوجب القضا بينهما ولان
البينة ترجح بزيادة الاثبات وبينة البيع تثبت الملك في البدلين وبينة
الهبة تثبت الملك في الموهوب لا غير فترجحت بينة الشرى ولهذا الملك يثبت
بالاجازة ولهما فيه سوا وقيل تاويل مسالة الدعوى في الهبة بدون القبض وعلى
هذا التقدير لا يصح الدعوى لانه لا يدعي حق الازم واجبا واما خيار المشترى
فلما ذكرنا من تغير شرط العقد ولا خيار للموهوب له وان تفرق ملكه
لانه لو وهب له جميع الامة واستحق نصفها لا خيار للموهوب له وتخير
المشترى كذا هنا الا ترى ان له ان يرجع في نصف الموهوب ولا خيار
للموهوب له فان اختار المشترى ترك النصف لم يكن للموهوب له عليه سبيل
لان القاضي لما رد كل واحد منهما الى النصف فقد فسخ الهبة في النصف والهبة
متى فسخت لا تعود الا بالتجديد فلان كل واحد منهما صار مقضيا عليه في النصف
بالفسخ ومن صار مقضيا عليه في حادثة لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة
ولان قصد المالك عند اضافتهما الى المحل مع علمه انه لا يشتغل بشئ حكم كل واحد
منهما على الكمال النصف فلا يستقيم القول بالتكميل لانه يكون قولا بسوق
حكم التصرف ولا على حسب ارادة المتصرف ولو كان مكان العبد دارا او شيئا
اخر مما يحتمل القسمة والمسالة بحالها جاز البيع وبطلت الهبة لان قضية الاضافة
اليهما التنصيف وقد تعذر التنصيف في الهبة لمكان الشيوع فلم يبق دافع للبيع
والبيع يصلح دافعا لها لتمكنه في بعض المحل فلم يبق الهبة مزاحمة البيع فنفذ
البيع ولانه لم يصح اثبات حكمه في النصف وما قصد المالك اثباته كله فلغوا
في نفسه عند الاضافة مع البيع فصار كانه لم يجز الهبة ولو لم يبع وكانت
هبة ايضا في الدار فاجازهما بطل ذلك في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وجاز في
قياس قولهما لان عند ابي حنيفة رحمه الله تعذر رد كل واحد من العقدين الى النصف
لانه يصير كانه وهبها منهما معا وذلك لا يجوز عنده وعندهما يجوز فامكن
الرد الى النصف اجمع اصحابنا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يجوز وفيما
يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي رحمه الله يجوز فعلى لا يمنع الملك

للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وعند ابن ابي ليلى يتم الهبة وهبة الجمع
من رجلين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وهو قول الشافعي
رحمه الله ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر الى موضع المسجد
فوجدها بين اسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب اسعد رضي الله عنه
نصيبه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما ايضا فبنى
المسجد وقال عليه السلام للرجل الذي اتاه بكبة من شعر اما نصيبي منها فهو لك
فقد وهب المشاع وعن انس رضي الله عنه انه جوز الهبة في المشاع ولانه عقد
تمليك فيصح في المشاع كالبيع وتاثيره ان الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد
وهو الملك وانما يشترط في المحل المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد
وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصودا وموجب
الهبة الملك مقصودا ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشائع ولان
الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع تمام الهبة وما يوثر فيه الشيوع ما يحتمل
القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندي ولان
الهبة عقد تبرع فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع الوصية وهي
تبرع بعد الموت فكذا في الحياة ولا يمنع القرض ايضا فانه لو دفع الف درهم الى
رجل على ان نصفه يكون قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركة يجوز
وبهذا الفرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فالقبض يشترط لوقوع
الملك في القرض ولا يشترط القسمة والدليل على ان القبض يتم مع الشيوع انه
ينتقل الضمان الى المشتري بالقبض مع الشيوع ويملكه المشتري عندكم بالبيع
الفاسد والمشاع يصلح ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف واعتمادنا على
اجماع الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم على اشتراط القسمة وعن علي رضي الله
عنه من وهب ثلث كذا او ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه ان شرط
القبض منصوص عليه في الهبة فقد قال عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة
معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ الجواز قبل القبض ثابت بالاتفاق والصحابة
رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فيراعي وجوده على اكمل الجهات التي يمكن

كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصا عليه يشترط ذلك
حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلوته والحطيم من البيت من وجه وكذلك الاذن
في المسح ولهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق
لا يثبت الاطلاق الكامل والقبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان
القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشي في حيز القابض والمشاع في حيزه من
وجه وفي حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شي منه بعينه فيقال
انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تتمة القبض الا ترى ان الشفيع
لا ينقض قسمة المشتري كما لا ينقض قبضه مع ان له حق نقض تصرفاته وان
للمشتري ان يطالب بالقسمة والبائع له حق المطالبة بالقبض بعد الشرى فعرفنا ان
القسمة من تتمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتاتى فيه القسمة فاما
لا يحتمل القسمة لا يكون حاجة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة يتلاشى
فعرفنا ان القسمة فيه ليس من تتمة القبض ولان اشتراط اصل القبض لحق
وقوع الملك لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو ان لا يصير عقدا
للتبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في غير ما تبرع به لانه
لو ملكه قبل القبض طالبه بالتسليم اليه فلذلك لو ملك قبل القسمة طالبه بالقسمة
فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع
بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالمهاياة
قسمة المنفعة وعقد التبرع لا في العين فلم يجز ذلك ضمان في غير ما تبرع
ولا يرد على هذا ما الو هلك الواهب الموهوب بعد التسليم فيضمن قيمته
لان الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان القسمة هنا وان كان
بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة الا ترى ان
شرى القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان الملك حكم الشرى
وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فجاز ان يتعلق به ضمان المقاسمة ولان
اصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فكذلك ما يتممه وبه فارق
الوصية فان اصل القبض ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما الشيوع هنالك

ضمان التسليم على الوارث يستحق ضمان المقاسمة ايضا اذ الرهن نوع من وجه
ومن وجه هو عقد ضمان حين كان مضمونا بالمثل فلا يبعد ان يتعلق به ضمان
القسمة المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعي وجوده على
اكمل الجهات ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط
فيه القسمة عملا بهما وحسب الامكان قال عليه السلم ذلك على وجه المبالغة
في النهي عن الغلول اي لا املك الا نصيبي فكيف اطيب لكم عن الخمس القسمة
الاترى انه ليس لواحد من الغانمين ان يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدري
اين يقع نصيبه او كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالامر السفر اذا اقتسم
على جند عظيم لا نصيب لكل واحد ما ينتفع به وحديث المسجد بابي بكر بثمن دينار
وليس بيت الهبة يحتمل ان سعدا رضي الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى
وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة وعندنا هذا يجوز بان المؤثر الشيوع
عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب
النصف ثم النصف وسلم الكل يجوز واما الكلام معهما قالا العقد والتسليم
لا في متفرقا فانه حصل في الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لواحد وهذا لا
يمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشيء بعقبه
فالشيوع الذي يبنى على ملك يقع للموهوب له لا يكون معتبرا بالعقد ولا تاثير
الشيوع الطاري في الهبة كما لو رجع الواهب في النصف ولان المعنى استحقاق
ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين يخرج عن ملك
المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق
ملكهما ولان تاثير الشيوع في الرهن اكثر من في الهبة حتى لا يجوز الرهن في
مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى
وكذلك الاجارة عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح مع الشيوع اذا اجر
داره من رجلين يجوز وكذلك الهبة وابو حنيفة رحمه الله يقول في كل
واحد منهما الا في جزء شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة
بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا

لان تاثير الشيوع باعتبار القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا لكل واحد منهما
لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه ان المانع عن الشيوع
في الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب النصف من رجل ثم النصف وسلم
الكل جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة ولو وهب النصف
وسلم ثم وهب النصف وسلم ثم وهب النصف لا يجوز في الملك المستفاد بالهبة
ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين لانه لا شيوع
في الملك المستفاد بالهبة وان وهب احدهما من زيد والاخر نصيبه من عمرو ولا
يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة فثبت ان المانع هذا وهو موجود
في الهبة من رجلين والدليل على ان المعتبر جانب التملك دون الملك حكم الشفعة
فان رجلين لو اشتريا دارا من واحد كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما
لتفرق الملك من جانب التملك ولو باع من واحد لم يكن للشفيع ان ياخذ
نصيب احد البايعين لعدم التفرق من جانب التملك فظهر ان المعتبر جانب
التملك ولا اعتماد على اسقاط ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا
من رجلين على ان يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر
لا يجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليست الهبة كالرهن لان
المانع هناك تمكن الشيوع في المحل فان موجبه الحبس والحبس في الحبس
والشايع لا يتاتى وفي الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس يثبت
لكل واحد منهما في الكل حتى لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
ما لم يقبض دين الاخر وهذا لانه لا مضايقة في الحبس وكما ان يكون
الشخص الواحد محبوسا بدين زيد وله محبوسا بدين عمرو وكذلك العين
الواحد وهنا موجب العقد الملك ولا يتاتى اثباته بكماله لكل واحد
منهما تعرفنا ان كل واحد منهما يملك جزءا شائعا وهذا بخلاف الاجارة
فالمانع تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشايع وذلك
لا يوجد في الاجارة من الرجلين او المانع استحقاق عود المستاجر الى يد
الاخر في يد الاجارة بحكم المهاياة وذلك لا يوجد في الاجارة من الاثنين

ولهذا اجاز اجازه احد الشريكين ممن نسي ريكه بخلاف الهبة ولو كان احدهما
هبة والاخر صدقة واجازهما المالكان لا يجوز لانه لا يصير والهبة والصدقة
دار من رجلين وذلك لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وينبغي ان يكون
هذا على الرواية التي لا يجوز الصدقة على اثنين وهو رواية كتاب الهبة اما
على رواية الجامع الصغير ينبغي ان يجوز الصدقة ويبطل الهبة على ما ذكرنا
ولو كان احدهما بيعا والاخر رهنا بدين مدبر على الفضولي فاجازهما معا
فالبيع جائز والرهن باطل لانه تعذر رد الرهن الى النصف سواء كان في العبد
او في الدار لان رهن المشاع باطل فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل فلم يبق
الرهن مزاحما للبيع فنفذ البيع في الكل ولان البيع اقوى ولو كان احدهما
هبة او صدقة والاخر رهنا جازت الهبة والصدقة في العبد وبطل
الرهن لانه تعذر رد الرهن الى النصف لما قلنا وامكن رد الهبة والصدقة
الى النصف فلم يبق الرهن مزاحما لهما ولو كان ذلك في الدار لم يجز شيء منهما
لانه تعذر رد كل واحد منهما الى النصف لان كل واحد منهما لا يحتمل التنصيف
وقصد المالك عند اجازتهما التنصيف وعلى قياس العلة التي ذكرنا ان احد
التصرفين اذا كان اقوى يدفع الادنى عند التعارض ينبغي ان يعتبر الهبة
او الصدقة لانها اقوى لانها تفيد ملك الرقبة الا انا نقول ليست الهبة
باقوى من الرهن من كل وجه لانها ان كانت اقوى من حيث انها تفيد
ملك العين لكن الرهن اقوى من حيث انه يفيد الملك مضمونا وذكر
في الشهادات اذا ادعى احدهما الهبة والقبض وادعى الاخر الرهن والقبض
واقاما البينة قضيت به لصاحب الرهن من قبل انه يفيد حالة وقد
كان ينبغي في القياس ان يكون صاحب الهبة اولى يعني هذا ان صاحب
الهبة في القياس اولى لانه يستحق ملك العين لنفسه والمرتهن لا يستحق ذلك
لنفسه وكل واحد من العقدين لا يثبت الا بالقبض فترجح الموجب للملك
في العين منهما ولان الرهن لا يرد على الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد
الهبة ترجح الوارد وفي الاستحسان الرهن اولى لانه عقد ضمان والمقبوض

بحكم الرهن مضمون بمقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا
وعقد الضمان اقوى من التبرع ولانه لا بد من اثبات حق المرتهن وثبوت
الملك للموهوب له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب اذا رهن الموهوب
بدينه برضى الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن
فانه بعد الرهن لو وهب برضى المرتهن وسلم بطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن
اولى من الهبة ولو رهن احدهما من رجل ورهن الاخر من اخر واجازهما لم يجز شيء
منه في العبد والدار لان قصد المالك التنصيف وكل واحد منهما لا يحتمل التنصيف
فان قيل هلا جعل هذا بمنزلة ما لو رهن من رجلين حتى يجوز قيل
اذا رهن من رجلين انما يجوز اذا لم يتفصل الرهن رهنت منهما النصف
بدين هذا والنصف من الاخر بدينه اما اذا فصل ذلك لا يجوز وههنا متى
قضينا بالرهن بينهما نصفين يبطل من رهن كل واحد منهما النصف
ويبقى النصف فيصير بمنزلة ما لو رهن من رجلين على ان يكون النصف
رهنا بدين احدهما والنصف بدين الاخر وفي الشهادات اذا اقام رجلان
البينة كل واحد منهما انه ارتهن بالف ففي القياس لا يقضي لهما ولا لواحد
منهما وبه ناخذ وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفه رهنا لان
كل واحد منهما اثبت الرهن منه بالبينة والقضاء بهما ممكن فان الراهن
الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح وجه القياس ان
الحجتين لما استويا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واذا
حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شائعا غير ممكن فبطل البينات
كما لو اقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امراة واحدة في القياس
لان وجهه اقوى فان في الرهن من رجلين من جملة العقد واحد وكل
واحد منهما اراد ثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد
الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير تنوع بان يجعل كان العين
له محبوسا بدين كل واحد منهما ولا كذلك ههنا لان كل واحد منهما
اثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت

حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد الذي هو موجب الرهن لهما في
المحل من غير شيوع ان يجعل كان العين كله محبوساً بدين كل واحد منهما
ولا يتادى لك هنا لان كل واحد منهما اثبت الملك لنفسه بعقد على حدة
ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه ولا بد من العقد الكل واحد منهما
بالنصف ولو باع احدهما واجر الاخر واجازهما المالك جاز البيع وبطلت
الاجارة لان البيع اقوى من الاجارة الا ترى انه يرد على الاجارة والاجارة
لا ترد على البيع ولانه يفيد ذلك الرقبة والمنفعة والاجارة تفيد
ملك المنفعة لا غير فالمرهون هذا قول ابي حنيفة لان البيع يحتمل النصف
والاجارة لا تنعقد ردها الى النصف لان اجارة المشاع عنده باطلة
الا من شريكه فلم يكن الاجارة مزاحمة للبيع وقصد المجيز تصحيحهما عند الاضافة
الى محل واحد فيلغو الاضافة في حق ما لا يحتمله فاما عندهما فيقضي
بينهما نصفين لانه امكن رد كل واحد منهما الى النصف وكذلك الهبة والاجارة
كانت الهبة اولى فان قبضت لما قلنا انها اقوى قال الشيخ الامام
الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله في شرح هذا الكتاب ينبغي ان
يكون الجواب على التفصيل ان كانت الدار لا تحتمل القسمة عند ابي حنيفة
رحمه الله لا يجوز الهبة ولا يجوز الاجارة وعندهما يجوز الامران
جميعا كل واحد منهما في النصف وان كانت تحتمل القسمة فعند ابي
حنيفة رحمه الله يبطل العقدان جميعا وعندهما يجوز الاجارة دون الرهن
لانها اقوى لانها توجب ملك اليد وملك الانتفاع هكذا ذكر في الكتاب
قال رحمه الله وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما امكن
رد الاجارة الى النصف دون الرهن فاما عند ابي حنيفة رحمه الله يجب
ان يبطل العقدان جميعا لانه تعذر رد كل واحد منهما الى النصف فيبطلان
جميعا الرهن والاجارة وعلى هذه العلة يجوز ان يقال الاجارة اولى
لان الشيوع اسرع اثرا في الفساد في حق الرهن الا ترى ان عند الطريان
يبطله ولا يبطل الاجارة والرهن من الشريك فاسد والاجارة للشريك

فيما سلف لان في الشيوع الطارئ في الرهن روايتان وكذا في الاجارة من شريكه فاستويا
جميعا في جواز اجارة المشاع انما منفعة الا ترى انه لو اجر من شريكه يجوز ولو
اجر من رجلين يجوز وكل واحد منهما على منفعة النصف شائعا والدليل عليه
انه لو اعار دارا من رجلين جاز وباب الشيوع في البيع من عقد التبرع اكثر منه
في المشروع من المعاوضة كما في البيع مع الهبة فاذا جاز على هذه بنفوذ نصف
الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة اولى وابو حنيفة رحمه الله يقول
التزم بعقد المعاوضة تسليم ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع
الابق او اجره وبيانه ان عقد الاجارة يرد على المنفعة من النصف شائعا
انما يتحقق من حيث ينتفع فانهما ان تهايا على المكان فلكل واحد منهما يسكن
احد بعينها وان تهايا على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع
الدار في بعض المدة فعرفنا ان استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق
فكان باضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه
وحكي عن ابي الحسن رحمه الله انه كان يقول اذا اجر احد الشريكين نصيبه
من اجنبي يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله واذا اجر المالك نصف ارضه لا يصح
فكان يفرق ويقول يخاصم الى المهايأة فاما ان يعود الى رب الارض
جميع المستاجر في بعض المدة اذا تهايا على الزمان وبعض المستاجر
جميع المدة اذا تهايا على المكان وعود المستاجر الى يد الاجر يمنع
استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعار المستاجر من الاجر او اجره
منه واستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة ولان ملك
الرقبة علة لملك المنفعة والمالك في الاشياع علة له لا يصلح اتباعه
غير ولانه مبادلة المنفعة بجنسها وقضيته ان لا يجوز المهايأة جوزنا
اذا كان الملك مشتركا ضرورة ولا ضرورة الى القول بالتصحيح لتسبيع
بطريق المهايأة فاما اذا اجر احدهما نصيبه من اجنبي فالمهايأة يكون
بين المستاجر والشريك ولا يعود المستاجر الى يد الاجر انما يعود الى
يد اجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو اعار المستاجر له او اجره

من اجنبي فلا يتصل بنا عنه والاصح انه لا فرق عندي ولان استيفاء المنفعة
لا يتاتى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة وبدونه
لا يقدر على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان
استوفى المنفعة يجب اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد
فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في
بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد العقد وهذا
بخلاف البيع لان التسليم فيه بالتخلية ثم ذلك في الجزء الشائع يتم فاما
اذا اجر من شريكه فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز وجه
ظاهر هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى
الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استاجر
اجيرا وجعل الاجر لمنفعة ارض الباب ولان استيفاء المعقود عليه مما
تناوله العقد لا يمكن الا بما تناوله وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء
المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد ممكن هنا فانه يسكن جميع
الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم
الاجارة بخلاف ما اذا اجر من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء بعقد
الاستيفاء على الوجه الذي اوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن في يده
بيع معه ممن ليس في يده باعتبار القدرة على التسليم والعجز عنه وهذا
بخلاف الرهن في المشاع فهناك ينعدم المعقود عليه وهو الحبس المستدام
اذ لا يتصور ذلك في الشائع وفي هذا الشريك والاجنبي سواء اما هنا بالشيوع
لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد
في حق الشريك وبه فارق الهبة ايضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع
تمام القبض الذي به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره في ذلك سواء
ولما اذا اجر من يقدر على تسليم المعقود عليه كما اوجبه المعقود
عليه العقد ينفذ ولا حاجة الى المهايأة بعد ذلك يكون بين المستأجرين
بحكم ملكهما وهو نظير الوقف بطريق يوجب لوجود المعقود

عليه باعتبار ما اوجبه الراهن لهما وفي الشيوع الطارئ بان مات احد المستأجرين
فقد ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يفسد العقد في
النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا شيوعا
مقترنا بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق
المعقود عليه فاما اصل العقد منعقد لازم في الحال باعتباره ولهذا المعنى الشيوع الطارئ
والطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب جميع الدار وسلمها ثم رجع في بعضها
وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يثبت بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم
فانما يؤثر في العقد الذي يتعلق به استحقاق التسليم لانه اثرها في الحال فان تطوع
بتسليم الكل بعد اعارة الكل وان رأى اجر الشريك نصيبه قام المستعير مقام المالك
مع الشريك الآخر فيهايئان وان يصلح طريقا هنا على ما ذكرنا والله اعلم

باب البيع الفاسد والعتق في ذلك

البيع ٣

اصل الباب ان الفاسد في افادة اصل الملك بعد القبض كالبيع الجائز
والملك الثابت بالبيع الفاسد يعتبر بالملك الثابت بالبيع الصحيح الا انه لا يحل
في اباحة الانتفاع فالملك الثابت بالبيع الصحيح يفيد حل الانتفاع والثابت بالبيع الفاسد
لا وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه يمنع من الوطء لا لان الوطء حرام بل
لانه مكروه والملك بالبيع الصحيح لا يستحق نقضه وبالفاسد يستحق
ففي كل موضع لا ينفذ الجائز فالفاسد لا ينفذ ايضا بعد انقضاء القبض وهذا
لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز لان الشرع لا يرد بالفاسد ولا يرتب
عليه الحكم فيؤخذ حكمه من الجائز ولهذا قلنا ينفذ تصرفاته من الاعتاق
والبيع والهبة والتدبير والكتابة والرهن والاجارة لان نفوذ التصرفات
باعتبار اصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت اصل الملك وهذا لان التمليك
تسليط على التصرف وهذه التصرفات مما يصح بالتسليط ولهذا لا يحل
الوطء لانه لا يملك ولا يستباح بصريح التسليط فكذا بالدلالة فبعد ذلك
ان كان ما تصرف فيه تصرفا يتعلق به حق الغير بوصف اللزوم يضمن قيمته
لانه وجب عليه رده وقد تعذر فيلزمه القيمة وهذا لان الاصل انه متى تعلق

العين حق الله تعالى وحق العبد يتقدم حق العبد باذن الله تعالى وحاجة العبد لا بهاونا
بحق الله تعالى ورجا العفو منه وهنا تعلق بالبيع حق الله تعالى من حيث الفسخ وحق العبد
في الملك والعتق والتدبير ونحوه بخلاف المشتري من الغاصب لان ثمة تعلق به حق
المشتري وحق المغصوب منه وكل واحد منهما حق العبد ويرجح حق المغصوب منه لانه
اسبق بان الحق العبد ان رجع في الهبة وافتك الرهن او عجز المكاتب ورد في الرق
او رد المبيع بعيب قبل قضاء القاضي بالقيمة رده على البائع لزوال المانع وان كان بعد
قضاء القاضي بالقيمة لا يرد لتحول الحق الى القيمة بقضاء القاضي ولا يعود الى العين كما
لو ابق المغصوب وقضى القاضي بالقيمة ثم عاد من الاباق وفي الاجارة لا ينقض البيع بل
ينقض وترد لانها تنفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب من اقوى
الاعذار الا ترى ان المشتري لو اجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له ان ينقض الاجارة
ليرده فهذا اولى ولو كانت جارية ووطئها لا يجب المهر في كتاب البيوع يقول عليه
العقر قيل تاويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطي حتى ردها على البائع فان من ردها
بفسخ الملك من الاصل فتبين ان الوطي صادف ملك الغير فيلزمه العقر وفي البيوع
قال استولدها بالاستيلاد تقرر ملكه وانما وطئها وهي مملوكة له فلا يلزمه
العقر وقيل ما ذكر في البيوع قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وما ذكر في الرهن
قول محمد رحمه الله اصله فيما ذكر هشام رحمه الله انها لو ازدادت في بدنها في يد المشتري
ثم اعتقها فعليه قيمتها يوم القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه
الله وقت العتق فلما كان محمد رحمه الله يثبت حق البائع في الزيادة ويجعلها مضمونة
على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفى في الوطي لانه في حكم زيادة هي ثمرة من
اصلها ان الزيادة في يدها لا تكون مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذا المستوفي بالوطي
فلهذا لا مهر عليه اذا عرفنا هذا فنقول محمد رحمه الله رجل باع عبدا بالف درهم
ورطل من خمر على انه بالخيار شهرا فقبضه المشتري بامر البائع واعتقه قبل مضي
الشهر لم يجز اعتاقه لان البيع ان كان جائزا لم يجز عتقه لا نافذا ولا موقوفا الى وقت
سقوط الخيار لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولا يملكه المشتري بالقبض
فكذا اذا كان فاسدا بل اولى وهذا لان خيار البائع يمنع انعقاد العقد

في حق الحكم في مدة الخيار فان قيل البيع اذا كان جائزا انما لم يجز لان خيار الشرط
ثابت في البيع الجائز لان اشتراطه يفيد حكمه وهو نفي لزوم حكمه حتى يتمكن من
المشروط له الخيار من الفسخ والاجازة ولا يلغو اشتراطه اما لا يثبت في البيع الفاسد
لان اثباته لا يفيد حكمه لانه غير لازم بدونه واذا لم يثبت وجب ان يكون
الجواب فيه كالجواب في البيع الفاسد اذا عري عن شرط الخيار قيل له الخيار في البيع
الفاسد مفيد لوجهين احدهما ان حكم البيع بشرط الخيار ليس نفي اللزوم فقط لكن
له حكمان نفي اللزوم في مدة الخيار وعدم زوال المبيع عن ملك البائع المشروط له
الخيار وعدم ثبوت الملك للمشتري واشتراطه في البيع الفاسد ان كان لا يفيد
احد حكميه وهو منع اللزوم يفيد الحكم الاخر وهو عدم ثبوت الملك
للمشتري والثاني هو ان الخيار الثابت بفساد البيع وحق الفسخ به حالا ينفرد
به البائع بل يتوقف على القضاء او الرضا على احدى الروايتين وبايد والفسخ
الثابت بخيار الشرط ينفرد به ولا بد فيه عن وهذه المسئلة رواية
عن علمائنا رحمهم الله ان خيار الشرط يثبت في البيع الفاسد كما يثبت في
البيع الجائز ثم وضع المسئلة فيما اذا شرط في البيع مع شرط الخيار شهرا رطلا من
خمر لانه اراد بذلك ان يكون البيع فاسدا عند الكل ولو لم يذكر رطلا من
خمر لا يفسد عندهما بناء على ان شرط الخيار يقدر بثلثة ايام فما دونها وان كان
اكثر من ذلك في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد وابن
ابي ليلى رحمهم الله يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت او قصرت لقوله عليه
السلام المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهرا وجب الوفا به وعن
عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار لرجل كان في ابله شهرين والمعنى فيه ان هذه مدة
ملحقة بالعقد شرطا ولا تتقدر بالثلث كالاجل وهذا لان ما زاد على الثلث
مثل الثلث في المعنى الذي لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار الروية
او تتبين لهذا العقد على عقد الحوالة فكما يجوز هناك اشتراط الخيار اكثر
من ثلثة ايام يجوز هنا وابو حنيفة رحمه الله استدل بحديث فان النبي صلى الله عليه
وسلم قدر الخيار بثلثة ايام والتقدير الشرعي اما ان يكون لمنع الزيادة او النقصان

اولمنع احدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان لمعرفتنا انه لمنع الزيادة اذ لم يمنع
الزيادة لم يبق لقولنا المقدر فائدة وما نص عليه صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم
من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن الفائدة لانه ما كان يجازف في بيان الاحكام ثم بسبب
اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس
ان لا يجوز الخيار في البيع اصلا وهو قول ابن شبرمة الا انه عليه السلام نهى عن
بيع الغرر وعن بيع وشرط الا انا تركنا القياس في مدة الثلاث لورود الاثر به
وجواز العقد مع الخطر القليل لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الكفالة لانها
تحتمل الغرر والخطر الا ترى انه يجوز تعليق اصل الكفالة بان يقول ما ذاب لك
على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر وفي حديث
عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار
الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بعد الشهرين وكما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
المسلمون عند شروطهم فقد قال ايضا كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ثم
جواز شرط الخيار لحاجته وهذه الحاجة تندفع بثلاثة ايام فيما وراءه لا حاجة هذا
اذا اعتقه قبل مضي الشهر فان اعتقه بعد مضي جاز وعليه قيمته لان في البيع الجائز
اذا اعتقه المشتري بعد مضي المدة بعد عتقه فكذلك في البيع الفاسد بعد القبض
بعد مضي الخيار لانه ملكه بحكم عقد فاسد وان لم يكن بحضرته لانه في قبضه
وهو قبض الضمان فاشبه قبض الغصب فينوب عن القبض الذي يحتاج اليه في البيع
فان قيل وجب ان لا ينفذ عتقه لان بعد تمام البيع بشرط الخيار لم يوجد من المشتري
قبض مستانف باذن البائع والمشتري شراء فاسدا ما لم يقبض المشتري باذن البائع
اما نصا او دلالة بعد تمام البيع لا يملكه ولا ينفذ عتقه قيل له ان لم يوجد
قبض مستانف من حيث الحقيقة باذن البائع وجد حكما واعتبارا لان العبد مضمون
على المشتري بالقيمة الا ترى انه لو هلك في يده في الشهر يضمن القيمة والقبض الموجب
لضمان القيمة ينوب عن قبض الشراء فصار كانه جدد قبضا بعد تمام البيع باذن
البائع لان البائع اذن له بقبض مطلق غير موقت بوقت فاستدام الاذن رجل
غصب من رجل عبدا ثم ان المالك باعه من الغاصب بيعا فاسدا فاعتقه المشتري

جاز عتقه وعليه القيمة لان قبض الغصب ناب عن قبض المشتري اذا كان فاسدا
فصار كانه جدد القبض باذن البائع ولان البائع لما باع مع علمه ان المشتري
من القبض ناب عن قبض المشتري كان راضيا بقبضه الا ترى انه لو كان
جائزا فاراد البائع ان ياخذه ليحبسه بالثمن لم يكن له ذلك ولو كان العبد غائبا
فاشتراه من المولى شراء فاسدا والعبد حاضر فاعتقه جاز عتقه وعليه
القيمة وان لم يكن حاضرا لم يجز عتقه الا ان يجدد قبضه او يصير بحيث يتمكن
منه باذنه او بغير اذنه لان في الوجه الاول اعتقه بعد القبض لان في الشراء
الجائز اذا كان بحاله في هذه الصورة صار قابضا باذن البائع حتى لم يكن
البائع ان ياخذه ويحبسه في الثمن على ما مر في الابواب المتقدمة فكذلك
في البيع الفاسد وفي الوجه الثاني اعتقه قبل القبض لان قبض الوديعة
لا ينوب عن الشراء في البيع الجائز وان كانت الحاجة الى القبض لاثبات
احد الملكين وهو ملك التصرف فلان لا ينوب هنا والحاجة اليه لاثبات
الملكين كان اولى الا اذا تمكن من القبض فان التمكن منه يحصل قبضا
في البيع الجائز فكذا في الفاسد وهذا نص من محمد رحمه الله ان في البيع
الفاسد يصير المشتري قابضا بالتخلية كما يصير قابضا بالتمكن البائع
من الخروج عن عهدة الضمان لحاجته الى ذلك وانما تنفع الحاجة الى هذا فيما
وجب التسليم وهو الملك في البيع الفاسد والخروج عن عهدة الضمان
والتمكن من القبض عند التسليم الا انه قام مقام التسليم في حق
بيعه حكمه وفي الاجارة الفاسدة لا يجعل التمكن من القبض قبضا بالاجماع
لان ثمة الحاجة الى حقيقة القبض لانه يتقرر على الانتفاع والاجارة
انما ينعقد بوجوبه بحكمها في محل مقدور الانتفاع وليس في وسع المواجر
حقيقة الاقباض بما هو مستحق القبض ولانها لو حرام القبض في العقود
لو ان رجلا غصب من رجل عبدا بقيمته الفا فصارت الفين ثم اشترى
منه الغاصب شرى فاسدا فان وصل الغاصب الى العبد فعليه الفان
وان لم يصل اليه حتى مات فعليه الف لان الزيادة بمنزلة الوديعة فقبل

الموصول الضمان بحكم الغصب والزيادة غير مغصوبة واذا وصل في الاصل والزيادة صارت مضمونة في العقد الفاسد في العقد وقبل الزيادة كما لو كان في الاصل حين اشترى عبدا شراء فاسدا او تقرر الثمن واستأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او اقرض رجلا المال او ارتهن منه رهنا فاسدا بحق عليه فسخ هذه العقود بحكم الفساد فان نقدا شيئا ولا البائع ان يأخذ العبد من المشتري ان يمنعه منه حتى يسترد منه ما نقد وكذلك الاجارة والرهن لان العقد الفاسد معتبر بالجائز ولو كان الشراء او الاجارة او الرهن جائزا ثم تفاسخا العقد كان له الحبس لاسترداد ما نقد لانه عقد معاوضة فيوجب التسوية بينهما ما امكن فكذلك اذا كان فاسدا وهذا لانه انما سلم اليه المبيع والمستأجر مقابلة ما اعطاه واخذ تعلقا به فاشبه الرهن الا ترى ان المشتري يرد منه له البائع بعد الفسخ ثم البائع له ان يمنع المبيع حتى يسلم له الثمن فكذلك المشتري عند الفسخ فان مات البائع او المؤاجر او الراهن والذي في يده العبد احق به من سائر الغرماء ولو كان احق بثمنه منهم لانه كان مقدما فيه على البائع في حياته فكذلك على ورثته وغرمائه بعد وفاته كما في الراهن ومعنى المسئلة ان يكون الشراء بشرط فاسد واذا تقدم عليهم فان كان استهلك البائع الثمن باع بحقه وبعض دينه فان فضل شيء كان لورثته او غرمائه وان بعض الثمن ضرب بما بقي مع الغرماء في التركة لان هذه العقود لو كانت جائزة كان الجواب كذلك فكذلك اذا كانت فاسدة والجامع بينهما ان سائر الغرماء وان شاء والمشتري والمستأجر والمرتهن في تعلق الحق بمال البائع بهم فضلوا هم باليد وان كان لم يستهلك وجب عليه او على ورثته رده بعينه لان الدراهم تتعين في البيع الفاسد كذا ذكر في كتاب الصرف لانه مضمون بالقبض كالغصب وفي رواية اخرى لا يتعين لانه ثمن كما في البيع الجائز ثم في هذه المسئلة من الحوالة فانهم قالوا في رجل احال غريمه على رجل بدين كان للمحيل على المحتال عليه ان يدفع المحتال عليه ما عليه الى المحتال لم يقبل المحتال الا علم ثم مات

المحيل

المحيل وعليه ديون كان ما على المحتال عليه بين غرماء المحيل وبين المحتال له بالحصص استحسانا وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله والفرق في قوله ان المحتال له وان كان احق بما على المحتال عليه من المحيل حال حياته لكن لم يثبت له ذلك بيد على هذا الدين وهذا لو نوى الدين على المحتال عليه كان التوى على المحيل حتى يعود الدين المحيل فصار هو وسائر غرمائه سواء في التعلق بهذا الدين اما في هذه المسائل يرجح ذو اليد لاختصاصه بالمحل باليد المستحقة لا يستوفي حقه على صاحبه شرعا ليرد ذلك لغيره فلو مات العبد في يد المشتري بعد التفاسخ فعليه قيمته وصار قصاصا بالمثل ويرد الذي عليه الزيادة على صاحبه لانه حين اخذه اخذه بضمان القيمة فاذا هلك قبل التسليم بطل الرد والفسخ وعاد الامر كما كان قبل الفسخ وقبله كان العبد مضمونا عليه فكذلك بعده وصار كالبيع الصحيح اذا انفسخ ثم تقايلا وحبسه المشتري لاستيفاء الثمن فهلك في يده يهلك بالثمن لانه كان قبل ذلك مضمونا بالثمن فلما كان العبد محبوسا بالثمن وجب ان يكون مضمونا بالثمن كما في البيع الجائز قبل الاقالة لانه دخل في ضمانه بالقبض وانما قبضه على ضمان القيمة فما دام القبض باقيا كان الضمان باقيا لا يتحول الى غيره بخلاف الجائز ولا فرق بينهما فيما كان واجبا بالقبض ثم هو وان كان محبوسا بالثمن فهذا لا يدل على انه يكون مضمونا بالثمن لان المحبوسات انواع منها ما هو محبوس بالدين مضمون بالقيمة كالرهن ومنها ما هو محبوس بالثمن مضمون به كالمبيع والجائز ومنها ما هو محبوس بالدين مضمون بالقيمة كالبيع الفاسد ومنها ما هو محبوس غير مضمون اصلا كالزيادة والولد في الرهن ومنها ما هو محبوس بالعين مضمون بقيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا فان العبد محبوس بالثمن وهي الجارية مضمون بقيمته فدل ان حكم الحبس لا يدل على حكم الضمان ولو اشترى العبد شراء فاسدا او استأجر اجارة فاسدة او اشترط عنه رهنا فاسدا

وقد كان الثمن او الاجر او الدين ثابتا على المشتري قبل البيع والاجارة والرهن
وقبض العبد بحكم البيع او الاجارة او الرهن ثم تفاسخا العقد فللبائع ان يسترجع
العبد قبل ان ينقد الدين الذي عليه وليس للمشتري والمستاجر والمرتهن حق الحبس حتى
يستوفي ما عليه من الدين لان الدين ما وجب عنا باله هذا العين وحكما للعقد بل
كان واجبا قبله بسبب اخر فلا يكون حق حبسه لاستيفائه وهذا لان عين العبد
ما وصل اليه الا ببدل المال فلا يسترد من يده الا بوصول المال اليه اما هنا العبد
وصل اليه بغير بدل هو مال مقبوض حقيقة فجاز ان يسترد من يده بغير وصول المال
اليه حقيقة ولان ثمة لو لم يجز له حق الحبس يودي الى اتواء ماله لان الثمن يصير
دينا في ذمة البائع والدين عين له التاوي وقد قال عليه السلام لا تواء على مال امرئ مسلم
اما هنا لا يودي الى هذا المعنى لان ماله كان تاويا في الابتداء فان قيل وجب ان
لا يكون للبائع ذلك لان العاقد الفاسد يعتبر بالعقد الجائز ولو كان البيع جائزا
بان باع الغريم عبدا من صاحب الدين بالالف الذي عليه تقاصا بنا او نقض المشتري
ثم تفاسخا البيع فان اراد ان ياخذ العبد من المشتري وحبسه المشتري حتى يستوفي
ماله عليه كان عليه لذلك ذكره محمد رحمه الله ان لم يذكر الجواب في البيع الجائز لكن
ذكر بعد هذا في اخر الباب في الاجارة والجواب في الاجارة جواب البيع فثبت له البيع
اذا كان جائزا انما كان للمشتري حق الحبس بعد ما نقض البيع لان المقاصة
حصلت بعد استيفاء الثمن لان البيع اذا كان جائزا صار البائع مستوفيا
الثمن بحكم المقاصة بيانه ان البيع اذا اضيف الى دراهم في الذمة تعلق العقد
عنها دينا في الذمة فصار مثلا ما على البائع من الدين فلو كان للبائع في ذمة
المشتري بنفس البيع لان البيع الجائز يفيد الملك في البدلين قبل القبض بنفسه
والتقى الدينان قصاصا فصار القوم البائع مستوفيا ثمن العبد من المشتري
وهو ما له الدين حكما للمقاصة ولو استوفاه باليد حقيقة ثم تفاسخا البيع
كان للمشتري ان يحبس العبد حتى يستوفي الثمن وكذا اذا صار مستوفيا حكما
للمقاصة فاما في البيع الفاسد المقاصة ما حصلت قبل استيفاء البائع ثمن
العبد فان البائع لم يستوف ثمن العبد منه لا حقيقة ولا حكما للمقاصة بيانه

ان

ان البيع الفاسد المضاف الى دراهم في ذمة الغريم وان تعلق عند ذلك الدين
لكن مثل ذلك لم يصر مملوكا للبائع في ذمة المشتري بنفس البيع قبل اتصال
القبض به فلم يصر البائع بنفس البيع مستوفيا ثمن العبد بالمقاصة ولا يكون
للمشتري حق الحبس بالثمن كما في البيع الجائز اذا تفاسخا البيع قبل استيفاء
الثمن منه والمقاصة لقضيتها في الباب ـــ انه وجد قبض المبيع والقبض
وجبت القيمة في ذمة المشتري الا ان القيمة غير متقررة في ذمته لان الواجب
رد العين ما دام باقيا في يده وانما تتقرر القيمة بالهلاك في يده ولم يوجد فلا يقع
المقاصة كما في الدين المؤجل ولان المبيع مضمون عليه بالقيمة والقاضي في التضمين
بالخيار ان شاء ضمنه بالدراهم وان شاء ضمنه بالدنانير لا يقع ولا يقع المقاصة الدين
وان هلك العبد في يده وهذا لان في البيع الجائز لما وقعت المقاصة تسلم له ما في
ذمته بمقابلة المبيع وما حق تعلقا به فصار كالمرهون في يده اما في البيع الفاسد
لم يسلم له شيء بمقابلة ما دفعه الى المشتري لا حقيقة ولا حكما الا ان احد ما وجب
في ذمته تعلقا به لا استيفاء به اقصى ما في الباب انه مضمون عليه لكن كونه مضمونا
عليه لا يدل على كونه احق به الا ترى ان من غصب عبدا وله على صاحب العبد
دين ثم مات صاحب العبد وعليه ديون فان الغاصب لا يكون احق بالعبد من
الورثة وسائر الغرماء ولان المغصوب منه في حقوقه وان كان مضمونا عليه
وجب لا بالدين فكذا هنا الضمان وجب لا بسبب ذلك الدين فان قيل ان لم
يوجد من البائع قبض بدل العبد بعد البيع وجد قبل البيع قبض ما عليه من
الدين فانه كان قبض من المشتري الف درهم قبل البيع وصار المقبوض مضمونا
عليه بنفسه وفي مثل هذا القبض الموجود ما ينوب عن قبض الشراء الا ترى
انه ذكر قبل هذا ان الغاصب اذا اشترى العبد المغصوب من المغصوب منه
وليس العبد بحضرته فاعتقه الغاصب بعد الشراء صح وناب القبض الموجود قبل
الشراء عن قبض الشراء فكذا هنا ومتى حصل القبض بعد البيع ولو حصل
ثم تفاسخا كان المشتري احق به لحق الحبس فيما له وهو الفرق بين هذه المسألة
وبين مسألة الغصب في الغصب البيع بعد العبد وعين العبد مضمون على المسألة

الغاصب لقيمته بغصبه لا بيعه فمات المغصوب عن قبض المشتري يصار كانه جدد القبض
بعد البيع من حيث الحكم اما في مسئلتنا البيع لم يتعلق بعين الالف التي وجبت
في ذمة البايع بقبضه وانما تعلق بمثله دينا في الذمة والبايع لم يجز قبض ما تعلق به البيع
فهو مثل الدين لا قبل البيع ولا بعده فلم يوجد القبض اصلا وان مات البايع اخذ الورثة
والغرما العبد من المشتري ويكون ثمنه اسوة للغرما لانهم قاموا مقام البايع وهو لم يتقدم
على البايع في حيوته فلا يتقدم على من قام مقامه فرق بين هذا وبينما اذا كان المشتري
نقد البايع الثمن فانه يتقدم على غرمايه والفرق ان يد العبد في يد المشتري واليد
الثابتة للمشتري على العين مستحقة لا يجوز ابطالها عليه قبل استيفا الثمن الا ترى
ان البايع لو كان حيا واراد الابطال قبل ايفائه لم يكن له ذلك اما في مسئلتنا المبيع وان
كان في يد لكن يده عليه غير مستحقة حتى لا يجوز الابطال قبل استيفائه الا على
البايع الا ترى ان للبايع ابطاله حال حيوته قبل ايفائه ولو كان الرهن مدبرا او ام
ولد او شيا لا يجوز ههنا كان له ان يسترجعه قبل نقد الدراهم في الوجهين جميعا
لان رهن المدبر وام الولد وما لا يكون ههنا باطل لانه لا يجوز بيعها وما لا يجوز ههنا
لان عقد الرهن عقد ايفا وفي الايفا معنى البيع والمعاوضة فيما لا يقبل النقل
من ذلك اي ملك غير منعقد لانه ليس بمحل اليه اشار في الجامع حيث قال لانه ليس
برهن فصار وجوده بمنزلة عدمه بخلاف ما لو رهن النصف لان الشايع محل الرهن لانه
محل البيع والجامع بينهما انه محل النقل فانعقد الرهن لوجود محله لكنه فسد
فصار كالبيع الفاسد فيلحق بالجايز بدليل ان الصحيح في الرهن الشايع انه منعقد
لكن بصفة الفساد لا ما ذهب اليه بعض اصحابنا رحمهم الله انه باطل وفي الزيادات
لو غصب مدبرا قيمته الف فزادت قيمته في يده وصار يساوي الفين ثم غصبه
اخر وابق من يد الثاني ضمن المولى الاول وضمن الاول الثاني ثم عاد المدبر من
الاباق اخذه مولاه ويرد على الغاصبين ما اخذ منه لزوال الموجب وهو زوال اليد
ويرجع الثاني على الاول بما دفع اليه وليس لواحد من الغاصبين ان يحبس المدبر عن
المولى لاسترداد الضمان بخلاف ما اذا كان المغصوب قنا واخذ القيمة بقول
الغاصب ثم عاد من الاباق واختار المولى اخذ العبد حيث كان للغاصب حبسه

لاستزداد

لاسترداد الضمان والفرق ان حق الحبس لا يثبت الا في محله ومحله ما هو محل الثبوت
اليد ابتدا والمدبر لا يحتمل ذلك ولهذا لا يجوز رهنه اما القن محل الثبوت ملك اليد
ولهذا يجوز رهنه ولو كانت الاجارة صحيحة في الوجهين جميعا حتى كان له حق الحبس
ثم مات الاخر والمستاجر احق به وكذلك الجواب في البيع الصحيح والرهن الصحيح لما
ذكرنا انه انما سلم له هذا العين عوضا له عما اخذ ولا يقال في الاجارة انما اخذ عوضا له
المنفعة لا عوضا له العين فينبغي ان لا يكون له حق حبس العين لانا نقول وان كان كذلك
الا انه لا يمكنه حبس المعقود عليه الا بحبس محله الا ترى انه له حق قبضه في
الابتدا لكونه محل المعقود عليه فجاز ان يكون له حق الحبس ايضا عند الفسخ
لكونه محل المعقود عليه الا ترى ان له حق حبس الابن لاستيفا الاجر وان لم يكن
معقودا عليه لكن لما كان محل المعقود عليه شرطا زايدة ولا بد منه وكذا
الصباغ والخياط له حق الحبس لاستيفا الاجر وان لم يكن الثوب معقودا عليه
وان مات العبد في يد المستاجر بعد البيع او قبله لم يجب عليه ضمان ويرجع في مال
الاجر بدينه لان قبض الاجارة قبض امانة لانه قبض لمنفعة المودع ولهذا لو لحقه
دين يرجع على الاخر ومؤنة الرد على المالك الا ترى انه لو هلك قبل ان يحدث منعا
هلك امانة والامانة لا تصير مضمونة بالحبس اذا كان بحق الا المرهونة وحبس الصباغ
والخياط الثوب بالاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وحبس راد الابق بجعل الاجماع
الا ترى انه لو طلب منه الاجر حال قيام الاجارة فمنع ثم هلك يهلك امانة بخلاف
ما لو كان بعد الاجارة تبعا لان قبض المبيع قبض ضمان الا ترى انه لو هلك في يد
المشتري بعد ما ناقضا البيع قبل ان يحدث منعا يهلك مضمونا اما ههنا هذا
القبض قبض امانة فلا يجعل مضمونا بالحبس بخلاف المستعير والمودع والغاصب
اذا حبس وكذا المغصوب لان حبس هو لا بغير حق فيجعله مضمونا والفرق بين هذا وبين
مسئلتين احديهما الوكيل بالشرى اذا اشترى ونقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان
قبضه قبض امانة حتى لو هلك يهلك امانة ومع هذا لو حبسه يصير مضمونا عليه وان
كان بحق والثانية المودع اذا ارتهن الوديعة من المودع وجدد القبض صارت
الوديعة مضمونا عليه وقبضه قبل الارتهان قبض امانة ومع هذا صارت الامانة مضمونة

الحبس بحق الحرف فان في مسئله الوكيل الامانه ما صارت مضمونه عليه باحداث حبس هو
حق وانما صارت مضمونه بسبب اخر سوى الحبس وهو انه صار بايعا العبد من الموكل
حكما لان الوكيل بالشرى عن له الوصول من وجه بمنزله المشتري لنفسه من وجه والبايع
من الموكل بفعلنا منهما وقلنا قبل احداث الحبس امينا رسولا وبعد احداث الحبس اعتبرنا
بايعا من الموكل فهذا ابع حبس المبيع والبايع من حبس المبيع كان المبيع مضمونا عليه
البيع وكذا في مسئله الوديعه انما صارت مضمونه بسبب اخر وهو الاتلاف باسـ
سبب ضمان اما في مسئلتنا لم يوجد سبب اخر سوى الحبس بحق فهذا الاجل الامانه مضمونه
ولا ببال الاجاره وان كانت صحيحه لم يوجد فيها الاجع لانا علمنا الا اخذ الاشيا الثلثه
ولم يوجد فلا تجب الاجع ولا يصير قصاصا بالدين فوجب ان لا يكون لحق الحبس لانا
نقول نعم ولكن وجد اشتراط التعجيل لان الاصل في الدين تقتضي تعجيل الاجع فيقع
المقاصه بنفس العقد بخلاف الناسخ على ما ذكرنا انه لا تجب الاجع الا بالاستعمال
حل محمد رحمه الله الباب في حق الحبس على ثلث فقال الصحيح له حق الحبس سوا
وجب البدل بالعقد او كان واجبا قبله وفي الفاسد ان كان مقابلا بالعقد يثبت
حق الحبس وان كان واجبا قبله لا وفي الضمان على ثلث درجات في البيع بهلك بالدين
وفي الاجاره امانه وفي الرهن بهلك بالاقل من قيمته ومن الدين باب

الاختلاف في الخيار في البيع وموت العبد قبل مضي الخيار او بعده

اصل الباب ان المتعاقدين متى اختلفا في نقض البيع واجازته او موت العبد وبقايه او في
شي عليه النقض والالزام فالقول قول من يشهد له الظاهر لانه متمسك بنوع
دليل وهو الاستصحاب والظاهر فكان قوله اقرب الى الصدق فكان قوله اولى
القبول والبينه بينه من يشهد له الظاهر بخلافه لانها اكثر اثباتا وهو المحتاج الى
الاثبات والاصل فيه قوله عليه السلام البينه على المدعي واليمين على المدعى عليه
وفي روايه على من انكر والمعنى يعني ان جنس البينات في جانب المدعي لادخال
الالف واللام في البينه فلا يبقى بينه في جانب المدعى عليه لان مطلق التقسيم
تقتضي استغراق كل واحد منهما عن قسم صاحبه كما في قوله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش وللعاهر الحجر فيكون الحديث حجه لنا في ان بينه ذي اليد على اثبات

الملك

الملك لنفسه غير مقبوله في معاوضته الخارج وبه لا على جنس الايمان في جانب
المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي فيكون دليلا لنا في انه لا يرد اليمين على المدعي
عند نكول المدعى عليه فيكون حجه لنا في عدم جواز التقضي بشاهد ويمين اذ لا يمين
في جانب المدعي ولانه عليه السلام جعل الفاصل للخصومه بينه في جانب
المدعي ويمينا في جانب المدعى عليه والشاهد واليمين ليست بينه المدعي ولا بينه
المدعى عليه فيكون اثباتا طريقا ثالثا وهو مخالف لهذا الحديث ومعرفه المدعي من
المدعى عليه ذكر في الاصل انه ينظر الى المنكر منهما فهو المدعى عليه والاخر المدعي
وهذا كلام صحيح فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل المدعى عليه المنكر بقوله
واليمين على من انكر لكن تمام بيان الحد لا يحصل بدون هذا وقد يكون مدعيا صوره
واليمين في جانبه كالمدعي يدعي رد الوديعه او هلاكها ورد والبداءه بالعين
لي فهو مدع صوره لا يحوج به من ان يكون مدعى عليه ولكن الفرق على ما قاله
بعض اصحابنا رحمهم الله ان المدعي من يستعدي على الغير بقوله واذا ترك
الخصومه يترك والمدعى عليه من يستعدى عليه بقول الغير واذا ترك الخصومه
لا يترك وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم
بالنفي فان الخارج النفي لو ادعى لذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون خصما مدعيا
ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي يستغني به فان ذا
اليد اذا قال الشي هذا لي كان خصما فهذا التحديد وقوله هو لي فضل من الكلام
غير محتاج اليه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجه كالخارج والمدعى عليه من
يكون مستحقا بغير حجه كذي اليد فانه لو قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت
الغير استحقاقه اما المودع اذا ادعى رد الوديعه او هلاكها فهو مقبول
القول لان الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه او لانه
منكر الضمان في الحقيقه في ذمته فكان مدعى عليه فعلى الوجه الاول
يحلف لنفي التهمه وعلى الوجه الثاني يحلف لانه منكر الضمان الا ترى
ان الرد لا يثبت بقوله وعينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لا يكون الوصي
ضامنا وقبل المدعي من يدعي امرا خفيا لسرار ظاهرا والمدعى عليه من يدعي

ظاهرا وحين اخر ان خيار البايع زوال المبيع عن ملكه فيكون المبيع مضمونا على
المشتري بالقيمة الا اذا تم البيع بمضي المدة او اسقاط الخيار فيصير مضمونا بالثمن
وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا يجب القيمة وهو امين فيه لانه قبضه باذن صاحبه
ووجوب ضمان القيمة باعتبار المقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض
على سوم البيع وهذا لان الضمان الاصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول
الى الثمن عند تمام الرضى ولم يوجد ذلك حين شرط الخيار لنفسه فبقي الضمان
الاصلي بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لانه لما اشرف على الهلاك
سقط خياره لعجزه عن الرد كما قبضه فتم البيع وهو قايم فلزمه الثمن
المسمى وهنا وان اشرف على الهلاك فخيار البايع لم يسقط لانه لم يعجز
عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك
لا يجوز فكان مضمونا عليه بالقيمة لهذا اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على انه بالخيار ثلثة ايام فقبض
المشتري العبد ومضت الايام الثلثة ثم اختلفا فقال احدهما مات
العبد في الثلاث وانتقض البيع ووجبت القيمة وقال الاخر مات
ولكنه بعد مضي الثلاث ولزم البيع ووجب الثمن ولا يدرى حاله ولم يعلم لهما
بينة فالقول قول من يدعي الاباق وحياة العبد لان الظاهر يشهد
له لانه يدعي حياة العبد بعد الثلاث وقد عرفنا حياته من قبل فمن
ادعى ذلك فقد تمسك بما عرف ثبوته من قبل وكان الظاهر شاهدا
له فكان القول قوله فان قيل كما ان الظاهر شاهد لمدعي الاباق
من هذا الوجه فهو شاهد لمدعي الموت من وجه اخر فانه يدعي ضمان
القيمة وقد عرف وجوبها من قبل فان بنفس القبض صار مضمونا على
المشتري بالقيمة فمن ادعى القيمة كان متمسكا بما عرف ثبوته من
قبل فكان الظاهر شاهدا له والاخر يدعي النقل من القيمة الى
ضمان الثمن ولم يشهد له الظاهر قيل له القيمة غير واجبة على الاستقرار
ما يصير واجبة عند الهلاك الا ترى ان بنفس الغصب وفي الغصب

على الحقيقة انما تجب القيمة عند الهلاك فلم يكن متمسكا بما عرف ثبوته
بخلاف الحي على انه ان كان هذا متمسكا بالاصل من هذا الوجه فالذي
يدعي الحياة فالذي يدعي الحياة يدعي ما هو اصل من وجوه لانه يدعي الحيوة
وهو اصل ويدعي بقاء العقد وانبرامه بعد ما ظهر سببه وهو مضي
الثلاث ويدعي براءة ذمته عن ضمان القيمة وهو اصل فكان قوله اقرب
الى الصدق وايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعوته بالحجة ولو اقاما
البينة فالبينة بينة المدعي الحياة ايضا هكذا ذكر محمد رحمه الله لان كونه مضمونا
بالقيمة كان ظاهرا فالذي ادعى الحياة ادعى تحويل الغرم من ضمان القيمة
الى ضمان الثمن فقد ادعى ما لم يشهد له الظاهر فكانت بينته اولى لانه
مدعي طعن عيسى بن ابان رحمه الله وقال يجب ان يكون البينة بينة من يدعي
النقض لان من يدعي الحياة يثبت ما هو ثابت بظاهر الحال وهذا
لانه هو المدعي حقيقة لانه يحتاج الى اثبات امر يخالف الظاهر
وصار كالخارج مع ذي اليد لما جعلنا القول قول ذي اليد كانت
البينة بينة صاحبه دل عليه ما ذكر بعد هذا انهما لو تصادقا على
حيوة العبد وعرف قيامه بعد مضي ثلثة ايام واختلفا في الاجازة
والنقض في الايام الثلثة فان القول قول الجواز والبينة بينة
مدعي النقض ولا فرق بينهما وكان الفقيه ابو علي العمي رحمه الله يقول
لهذا الطعن وجه ولا ادري له جوابا لا جواب له والجواب انما تجعل
البينة بينة المدعي في موضع لا ينعدم الظاهر ببينة المدعي كما في الخارج
مع ذي اليد فان الظاهر وهو اليد لا ينعدم ببينة الخارج لانه
اذا لم يندفع الظاهر ببينة الخارج وذلك الظاهر لا يدفع بينته
الخارج وان كان القاضي يعاينها فلذلك لا بد منها من تعهد
ذلك الظاهر وهنا ينعدم الظاهر الذي كان لمدعي القيام
ببينة الذي يدعي الموت فوجب الترجيح من وجه اخر وهو
كثرة الاثبات لان البينات حجج الاثبات والاثبات في بينة

مدعي الخيار اكثر مما يذكر فكان القضاء بها اولى وما ذكر من المسئلة فلا فرق بينهما الا ان
ما يذكر هنا جواب الاستحسان في المسئلتين جميعا وما ذكر بعد هذا جواب القياس في
المسئلتين وجه القياس في المسئلتين ما قال عيسى رحمه الله ووجه الاستحسان هو ان
بينة الجواز في المسئلتين اكثر اثباتا لانها تثبت ضمانا حادثا وهو الثمن وملكا ثابتا
للمشتري وابرام العقد ولزومه وبطلان ضمان القيمة ومدعي النقض يدعي ضمانا كان ثابتا
وهو القيمة بظاهر الحال فكانت بينته اولى بالقبول فان قيل بينة مدعي النقض تثبت
انفساخ العقد وتثبت موت العبد وانهما امران حادثان قيل له نعم لكن غرضه
من اثبات هذا الحادث لا عين الانفساخ والموت وضمان القيمة عرف ثبوته فمدعي
النقض اعتبار ما هو المقصود وبينته ما هو ثابت بظاهر الحال ومدعي الجواز
يثبت ما هو غير ثابت فكانت بينته اكثر اثباتا من حيث المقصود فكان اولى بالقبول
ويجوز ان يكون القول قول انسان والمعنى البينة بينته ايضا كالمودع اذا ادعى
رد الوديعة وانكر صاحبها كان القول قوله لانه منكر للضمان ولو اقاما
البينة فالبينة بينته ايضا لانه بينته قامت على الاثبات وبينة الاخر على النفي كذا
هنا هذا اذا اختلفا في الموت ولو تصادقا ان العبد مات واختلفا في وقت
الموت فقال احدهما مات في الثلاث وانفسخ البيع وقال الاخر مات بعد الثلاث
وابرم فالقول قول الذي يدعي الموت في الثلاث لان الظاهر شاهد له لانه ادعى
النقض وقد ثبت سببه بتصادقهما وهو موت العبد فان موت العبد
اذا كان الخيار للبائع سبب لنقض البيع الا ان يعلم انه مات بعد الثلاث
ولم يعلم فكان الظاهر شاهدا له ولان الحال دليل على ما مضى والذي يدعي ضمان
القيمة وقد عرف ثبوته والذي يدعي هلاكه على ملك نفسه وقد عرف حياته
في ملك البائع فكان الظاهر شاهدا له فلان الشك وقع في ابرام العقد فانه
لو مضت الثلاث والعبد حي يبرم ولو كان ميتا لا يبرم والاصل عدم الابرام
فلا يبرم بالشك فان قيل ان كان الظاهر شاهدا له من هذا الوجه
فهو شاهد لمدعي الجواز من وجه اخر فانه يدعي حياته الى ما بعد الثلاث وقد
عرف حياته من قبل وذلك يدعي حدوث الموت لاقرب الاوقات وهو الاصل

في الحوادث قيل له نعم هما بل الظاهران لكن مدعي النقض ما يشهد له الظاهر يدعي
انفساخ ما ثبتا من ضمان القيمة والاخر يدعي ثبوت ما لم يكن ثابتا من حدوث ملك المشتري
وحدوث ضمان الثمن والظاهر يصلح للابقاء اما لا يصلح للاثبات وان اقاما البينة فالبينة
مدعي الموت بعد الثلاث لانها قامت في محلها لانها قامت مبينة لانها تثبت ما ليس
ثابتا وهو ملك المشتري في نفوذه والانتقال من ضمان القيمة الى ضمان الثمن والظاهر
يشهد بخلافه ولهذا جعلنا القول قول صاحبه ومن الناس من قال ينبغي ان تكون
البينة بينة الموقت في الثلاث لانه يدعي اسبق الوقتين والشخص اذا مات من لا يعد
ثابتا او يرجح بينته بالسبق كما لو اقام احدهما البينة على البيع والاخر على الهبة
والقبض لان البيع اولى لانه اكثر اثباتا ولو ارخا وتاريخ صاحب الهبة اسبق
يقضى له ويترجح بالسبق الا ان الاصح ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف بينهما وقع
في اثبات الثمن لا في اثبات الموت هذا الجواب اذا اختلفا في وقت الموت ولو تصادقا
على موته ووقت موته بان تصادقا على موته بعد الثلاث فقال احدهما ان البائع نقض
البيع في الثلاث وقال الاخر اجازه في الثلاث فالقول قول من يدعي الجواز لان الظاهر
شاهد له لانه يدعي ابرام البيع بعد ظهور سببه وهو مضي الثلاث حال حياة
العبد لانه سبب لزوم العقد ما لم يثبت النقض وان اقاما البينة فالبينة بينة
مدعي النقض ايضا كان وهذا جواب القياس اما جواب الاستحسان البينة بينة
مدعي الجواز كما في مسئلة اول الباب وهي المسئلة التي استشهد بها صاحب الطعن
هذا اذا تصادقا على ثبوت العبد بعد الثلاث ولو تصادقا انه مات في الثلاث
واختلفا فقال احدهما ان البائع نقض البيع في الثلاث قبل موته وقال الاخر اجاز فالقول
قول مدعي النقض لان الظاهر شاهد له لانه يدعي الانفساخ بعد ظهور سبب
الانفساخ وهو موت العبد في الثلاث لانه سبب الانفساخ الا ان يثبت الاجازة
قبله ولم يثبت ويدعي بقاء ضمان القيمة وان اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاجازة
لان بينته تثبت ما هو غير ثابت بظاهر الحال وهذا الجواب الاخر يثبت ما هو ثابت
بظاهر الحال وهو النقض هذا اذا تصادقا على الموت ووقته اذا تصادقا على
الموت واختلفا في وقته وفي شيء اخر بان ادعى احدهما ان الثلاث مضت والعبد حي ثم

مات وان البايع اجاز البيع في الثلاثة وادعى الاخر انه مات في الثلاثة وان البايع
نقض البيع قبل موته بحضرة المشتري فالقول قول مدعي النقض لان الظاهر شاهد
له على المشتري القيمة لانه ادعى النقض بعد ظهور سببه وهو موت العبد الا اذا وجد
الاجازة في الثلاث ولم يوجد وان اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاجازة لانها تثبت
ما ليس بثابت بظاهر الحال وهو الجواز وهو المحتاج الى الاثبات فكانت بينته اكثر
اثباتا هذا اذا اتفقا على الموت واختلفا في وقته وفي شيء اخر ولو كان على العكس
بان ادعى احدهما ان الثلاثة مضت والعبد حي ثم مات وان البايع نقض البيع في الثلاث
بحضرة المشتري وادعى الاخر انه مات في الثلاث وان البايع اجاز البيع قبل موته
فالقول قول مدعي النقض لان الظاهر شاهد له لو جحد احدهما انه ادعى النقض
بعد ظهور سببه وهو موت العبد لما ذكرنا الا ان هذا غير سديد فان موت
العبد في الثلاثة سبب النقض وقد اقر مدعي النقض ان العبد حي بعد الثلاث بخلاف
المسألة الاولى لان ثمة مدعي النقض لم يقر بحيوة العبد بعد الثلاث والوجه الثاني
وهو سديد انهما استويا في شهادة الظاهر لكل واحد منهما ولهذا النقض والاجازة
لكن مدعي النقض ادعى ضمان القيمة والظاهر شاهد له والاخر يدعي ضمان الثمن
والظاهر لا يشهد له لان الموت صار مجمعا عليه الا انهما اختلفا في وقته فصار
دليل الانبرام وهو مضي الثلاث مع حيوة العبد مشكوكا فلا يثبت الانبرام بالشك
ولو اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاجازة لانها تثبت ما ليس بثابت بظاهر الحال
وهو المثبت لا مرابطا للمبطل امرا ظاهرا هذا اذا كان الخيار للبايع فان كان
الخيار لهما وقبض المشتري العبد واجتمعا على موته لكن اختلفا في وقته وفي شيء
اخر ادعى احدهما انه مات في الثلاثة وانه اجاز البيع قبل موته وادعى الاخر
انه مات بعد الثلاث وانه نقض البيع في الثلاث بحضرتهما فالقول قول مدعي
النقض لان الظاهر شاهد له لما قلنا فيما اذا كان الخيار لاحدهما وان احدهما ينفرد
بالنقض النسخ ولا ينفرد بالاجازة فانه يقول قوله اولى ولو اقاما البينة فالبينة بينة
الذي يدعي الجواز لانها اكثر اثباتا لما قلنا فيما اذا كان الخيار لاحدهما ولان
يدعي فعله وهو الاجازة مع نفيه فصار كما لو ادعى البيع او غيره من العقود والوداع

عمدا على ان البايع او المشتري بالخيار ثلثة ايام وقبض المشتري العبد ومضت
الثلاثة والعبد قايم في يد المشتري واختلفا في النقض والاجازة في الثلاثة الايام
فالقول قول مدعي الجواز لقيام دليل الجواز وهو حيوة العبد بعد الثلاثة فانه سبب
الانبرام البيع الا اذا وجد النقض في الثلاث ولم يوجد واقاما البينة فالبينة بينة
مدعي النقض لانه تثبت ما عرفناه هذا اذا اختلفا بعد الثلاث ولو اختلفا
في الايام الثلثة فالقول قول من له الخيار لانه يخبر عن امر يملك انشاءه ولو
اقاما البينة فالبينة بينة الذي لا خيار له لانه تثبت ما ليس في يده وهو النقض
والاجازة والاخر يثبت ما هو في يده فكان الاول اولى بمنزلة الخارج مع ذي
اليد ولانه هو المحتاج الى اقامة البينة دون الثاني هذا اذا كان الخيار
لاحدهما ولو كان الخيار لهما وقبض المشتري العبد ومضت الايام الثلاثة فاقام
احدهما البينة بعد الثلاثة على النقض فيها واقام الاخر البينة على الاجازة
فيها فالبينة بينة مدعي النقض لانه يثبت ما ليس بثابت بظاهر الحال لان
حيوة العبد بعد الثلاث تثبت الجواز الا اذا ثبت النقض قبله ولم يثبت
الا يرى انه لو لم يقيما بينة كان القول قول مدعي الجواز لان الظاهر
شاهد له لانه يدعي الجواز بعد ظهور سببه وهو مضي الايام الثلثة مع حيوة
العبد ولو اختلفا على هذا الوجه في الايام الثلثة فالبينة بينة مدعي الاجازة
لانه يثبت ما ليس في يده لان الخيار متى كان مشروطا لهما واحدهما لا ينفرد
بالاجازة حتى كان للاخر ان ينقض اجازته لان الاجازة ان سقط خياره بقي
خيار الاخر ولو نقض احدهما انفسخ الاخر لا يبقى له فرصة الاجازة لان
المنقوض لا يجاز فكانت الاجازة في يدهما والنقض في يد احدهما فبينة مدعي
النقض تثبت ما هو في يده وبينة الاخر تثبت ما ليس في يده فكانت
بينته اولى الا يرى انهما لو لم يقيما البينة كان القول قول مدعي
النقض لانه اخبر عن امر يملك انشاءه وينفرد به ثم قال في الكتاب
وجميع هذه المسائل اذا لم يعلم اي الامرين كان قبل وهو على ما وصفنا اصل
اذا علم الاول صدقه لانه اذا لم يعلم اي الامرين كان قبل يجب اعتبار

الدعوي والانكار اما اذا علم وجب القضا بالاول وبطل الاخر لان الاحارة متى
تقدمت وكان الخيار لاحدهما لا يصح نقضه بعد ذلك واذا تقدم النقض لم تصح
اجازته بعد ذلك فيجب القضا بالاول رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على
انه بالخيار ثلثة ايام وقبض المشتري العبد وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته فصار
الفين ثم مضت الايام الثلثة فاقام البايع البينة بعد الايام الثلثة ان المشتري
قتله بعد مضي الثلاثة فالبينة بينة البايع وكان على عاقلة المشتري قيمة العبد
في ثلث سنين وليس له ان يضمن المشتري قيمته لان البايع مع المشتري استويا
في اقامة البينة في محلها لان كل واحد منهما يثبت ضمانا حادثا وهو ضمان القتل
على عاقلة القاتل فنترجح بينة البايع بالسبق لانه يثبت القتل في زمان لا ينازعه
صاحبه في ذلك ومتى ثبت القتل في الايام الثلثة لا يتصور قتله بعد ذلك الا
ترى انه لو ادعى اثنان شرى عين من ثالث او ادعيا نكاح امراة واقاما البينة
وارخا كان السابق اولى وان كان الشري والنكاح مما يتكرر في غير واحد على
الترادف فكان هذا اولى لانه لا يقبل التكرار فرق بين هذا وبينما لو ادعى
او مات العبد في يدي المشتري في الايام الثلثة وادعى المشتري انه مات
بعد الايام الثلثة واقاما البينة حيث كانت البينة بينة المشتري ولم يترجح
بينة البايع بالسبق والفرق ان الترجيح بالسبق انما يكون بعد الاستوا
في الاقامة في محلها وفي الموت ما استويا في الاقامة في محلها لان بينة المشتري
قامت في محلها لانها تثبت ضمانا حادثا وهو الثمن على ما ذكرنا
وبينة البايع في غير محلها لانها غير مثبتة لانها تثبت ضمانا كان ثابتا
وهو القيمة اما في القتل استويا في القيمة في محلها فرجحنا بينة البايع بالسبق
فلو اراد البايع ان يضمن المشتري قيمة العبد باعتبار القبض من الاسترا
ليس له ذلك لانه متى اراد ذلك صار معرضا عن دعوى القتل فبدن عن عا
الموت وموجبه وقد ذكرنا ان في دعوى الموت بينة المشتري اولى وكان
ينبغي ان يكون له ذلك لانا قبلنا بينة البايع على قتل المشتري في الثلاث
والثابت بالبينة الثابت عيانا ولو عاينا القتل من المشتري في الثلاث

كان للبايع ان يختار تضمين المشتري قيمته يوم القتل لكنا نقول لو اجاز تضمين
المشتري قيمته في الابتدا يؤدي الى ابطاله في الانتها وليس له ان يختار شيا يؤدي الى
ابطاله في الانتها وليس له ان يختار للسابق وعدم الفاين بيانه انا اذا قلنا بينة
البايع اعتبارا انه يدعي ضمانا حادثا ومتى اختار اتباع المشتري بسبب انه
ما قصد بالدعوى اثبات ضمان القتل انما قصد استيفا الضمان في الواجب على
المشتري بالقبض وهو اعتبار وهذا الضمان يكون مستقصا اما ان يثبت الامسا امرا
حادثا وعلى هذا التقدير يكون بينة المشتري اكثر اثباتا فيبطل بينة البايع وكذلك
بطلت بينته بطل حق التضمين بنا عليه ولانه متى ضمنه بسبب القبض ملك
المشتري العبد من وقت القبض فكانت جنايته واردة على ملكه فلا تسمع
دعوى البايع الجناية عليه فصار معرضا عن دعوى القتل فبقي دعوى مجرد
الوقت وكذلك لو اقام البايع البينة ان رجلا اجنبيا قتله في الثلاث
واقام المشتري البينة ان ذلك الاجنبي وجرح قتله بعد الثلاث فبينة
البايع اولى لان كل بينة تثبت لصاحبها ضمانا حادثا فاستويا في الاثبات
ونرجح بينة البايع بالسبق فكان له ان يضمن عاقلة الذي ادعى القتل عليه
قيمته في ثلث سنين ولو اقام المشتري بينة ان البايع قتله في الثلاث واقام
البايع البينة ان المشتري قتله بعد الثلاث فالبينة بينة البايع وعلى
المشتري الثمن للبايع ولا يترجح بينة المشتري بالسبق بخلاف المسالة الاولى
والفرق هو ان الترجيح بالسبق انما يكون بعد الاستوا في الاثبات
والاقامة في محل واحد ولم يوجد لان بينة البايع قامت في محلها لانها
مثبتة ضمانا حادثا وهو ضمان الثمن وبينة المشتري قامت في غير محلها
لانها لا تثبت شيا لان البايع اذا قتل العبد في الثلاث والخيار له
بطل البيع وصار قاتلا ملكه بعينه ومتى قتل عبد نفسه لا يجب عليه
ضمان لا عليه ولا على عاقلته فان قيل ينبغي ان لا يكن وهو براه لنفسه
عن ضمان القيمة الواجبة بالقبض قيل له البراة انما حصلت هنا باقرار
البايع ودعوته ان المشتري قتل العبد بعد الايام الثلاثة ان المشتري

متى قتل العبد بعد الايام الثلثه بري عن ضمان القيمه بسبب القتل لان زمان العقد
الي ما بعد الثلاث بسبب الانبرام البيع ولزوم الثمن والبراءة عن ضمان القيمه
فثبت ان بينة المشتري لا تثبت حقا وبينه البايع تثبت حقا فكانت اولى ولو اقام البايع
بينة ان اجنبيا قتله بعد الثلاث واقام المشتري على الثمن ولا شي على القاتل
للبايع ولم يترجح بينة المشتري بالسبق لانهما لم يستويا في الاقامة في محلها
لان بينة المشتري لم تثبت حقا على القاتل لان قتل الاجنبي في الثلثه
الايام لو كان بعمد فلا قود لان الخيار يمنع تضمين عاقلة القاتل ضمان
الجناية ويمنع تضمين المشتري ضمان القيمه البعض للبايع لا للمشتري
فهو لم يثبت حقا لنفسه وانما اثبته للبايع والبايع كذبه في ذلك
فبطلت بينته وبينه البايع تثبت للبايع ضمان الثمن فما استويا
في الاقامة في محلها لم يترجح بينة المشتري بالسبق وشبه تمام هذا في باب
اختلاف البايع والمشتري في هلاك ما اشتري وهذا لان غرض البايع
ليس اثبات موجب القتل لان موجبه لغيره وهو المشتري ودعوى
الانسان لغيره بغير امره فيكون باطلا بل غرضه انبرام العقد ولزومه
وتحول الضمان من القيمة الي الثمن ولزوم الثمن على المشتري فكانت بينته
من هذا الوجه اكثر اثباتا فكان القضاء بها اولى وليس للبايع
ولا للمشتري على الاجنبي سبيل اما البايع فظاهر لانه من الخارج
ودخل على ملك المشتري واما [illegible] الضمان للمشتري وهو يكذبه ولذلك
المشتري لانه ابراه عن الضمان حيث ادعى ان القتل وقع على ملك
البايع وان الضمان له وهو كذبه فبعد ذلك هو يدعو الضمان لنفسه
فيكون متناقضا رجل باع من رجل عبدا بالف درهم على انه بالخيار
ثلثة ايام ونقده المشتري فاقام البايع بينة ان هذا الاجنبي غصبه
من المشتري في الثلاث وقيمته الفان ومات عنده في الايام الثلاثه
واقام المشتري البينة انه غصبه في الايام الثلثه واقام المشتري البينة
انه غصبه في الايام الثلاثه وقيمته الفان ومات عنده بعد الايام

الثلاثه فالبينه بينة المشتري لانها اكثر اثباتا لان الغصب في الايام الثلثه
فالبينه بينة المشتري لانها اكثر اثباتا لان الانفسخ البيع وانما ينفسخ بالموت
فصار دعوى البايع ان العبد مات عند الغاصب في ثلثه ايام كدعوته انه
مات عند المشتري في الايام الثلثه ولو ادعى البايع ذلك وادعى المشتري
انه مات في يد الغاصب بعد الايام الثلثه واقاما البينة كانت البينة
بينة المشتري لما ذكرنا انه يدعي ضمانا حادثا وسقوط الضمان الاول وانبرام
البيع والبايع يدعي نفي الضمان الاول فان قيل البايع يدعي ضمانا
حادثا ايضا وهو الضمان لنفسه على الغاصب قيل له الضمان لا يكون
حادثا لكون الضمان حادثا وانما يقصد بالدعوى اثبات الضمان لا اثبات
الضمان ولانهما استويا في ضمان الغاصب والزيادة في بينة المشتري
لما ذكرنا ولو كان البايع اقام البينة انه مات في يد الغاصب بعد الثلاثه
واقام المشتري بينته انه مات في الثلاثه فالبينة بينة البايع وعلى المشتري
الثمن وله على الغاصب القيمه والقول قول مدعي الموت والقتل في الايام
الثلاثه في هذه المسايل اما البينة بينة البايع لانه تثبت ضمانا حادثا
وهو الثمن وغرضه ليس دعوى جميع الضمان على الغاصب بل غرضه اثبات
الجواز في البيع والانتقال من ضمان القيمة الي ضمان الثمن فكانت بينته
اكثر اثباتا فكانت اولى وصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب
الثمن على المشتري وللمشتري على الغاصب الذي شهدت الشهود عليه
بغصبه القيمة سوا كان الغاصب واحدا او اثنين فيرجع عليه بقيمته
يوم غصبه منه لان القاضي لما قضى بالعبد للمشتري والثمن عليه
ظهر ان الغاصب انما غصب ملك المشتري بخلاف دعوى القتل حيث
لا يرجع احدهما على القاتل ادعى [illegible] لان القتل [illegible] والسوق لا تستقر
ملك المشتري في العبد اما الغصب لا ينافي البيع فيستقر ملكه للمشتري
فيه فيستند الى القتل ورد على ما هو [illegible] ان القتل انفسخ البيع وابراه المشتري
عن ضمانه حيث اقر بملكه للبايع ولهذا ان الغصب لا يبطل البيع واذا لم

يبطل البيع لم يصر مقرا بالقيمة للبايع حتى يكون ذلك ابرا للغاصب فان قيل
المشتري اثبت الغصب مع الموت في الثلاث وذلك سبب لنقض البيع قبل
فهلا صار ابرا قلنا الموت في يد الغاصب وفي يدي المشتري واحد
وفي نقض البيع وحاصل الاختلاف وقع في جواز العقد ونقضه لان الضمان
وجب بالغصب لا بالموت فان قيل لما غرم الثمن فقد تم البيع
فلما ادى لا يثبت له حق الرجوع على القاتل كالغاصب اذا قتل العبد
في يده وغرم قيمته والمشتري شراء فاسدا اذا قتل العبد في يده وغرم
قيمته يرجع على القاتل قلنا هناك للبايع حق الضمان على القاتل ووجب
التضمين على الغاصب وهنا البايع لا يدعي الضمان لانه يدعي جواز
البيع لذلك من يقوم مقامه ليس له حق التضمين ولان القتل ما تكرر
وكانت دعوته القتل بعد الايام الثلاثة اما اذا ادعاه قبل ذلك يناقض
ذلك ما لا يسمع اما في دعوى الموت في يد الغاصب بعد الثلاثة بعد ادعايه
الغصب قبل ذلك ليس تناقضا لانه قد يغصب صحيحا ثم يموت بعد ذلك
ولا تناقض في دعوى الموت قبل ذلك مناقض لانا نقول المدعي ليس هو
الموت لان نفس الموت ووقته لا يتعلق به حكم ولا يدخل تحت القضا
بخلاف القتل الا ترى انه لو ادعى ان اباه يوم كذا وقضى له بالميراث
ثم ادعت امراة النكاح بيوم بعد ذلك لا تقبل ويوم النكاح والقتل يدخل
تحت القضا حتى لو ادعى على رجل انه قتل اباه في يوم كذا وقضى له
بالدية او القود ثم ادعت امراة انه تزوجها بيوم بعد لا تقبل بينتها
لان قتله في ذلك اليوم صار محكوما به ولا يجوز نقض الحكم وكذا لو
شهدا انه تزوج هذه المراة يوم النحر بمكة فقضي به ثم شهد اخران
انه طلق في ذلك اليوم بكوفة وتزوج امراة اخرى لم تقبل واذا لم يكن
الموت متصلا به ولا يتعلق به حكم بقي مدعي الغصب والغصب
في زمان لا ينفي وجوده في زمان اخر فاقصى ما في الباب انه يزعم ان الغصب
وقع على البايع لكن ينفي لزوم البيع وتناقض انه واقع عليه فان قيل

المشتري

المشتري لما ادعى موت العبد في يد الغاصب في الثلاثة الايام فقد ادعى ان العبد
ليس على ملكه فكيف يرجع على الغاصب قيل له نعم زعم كذلك لكن القاضي لما
قضى عليه بالثمن فقد قضى بكون العبد ملكا له فصار هو مكذبا فيما اقر فيضمن
الغاصب الذي شهد به شهود البايع لان البايع لا يثبت لنفسه حقا لانه
يدعي ضمان الثمن على المشتري وضمان الثمن يجب على المشتري متى مات العبد في
يده بعد ثلاثة ايام وان لم ينقض احد فلم يكن البايع محتاجا الى اثبات الغصب
فلم يقبل واما القول قول المدعي الموت والقتل في الثلاث لان الظاهر يشهد
له لانه يدعي نفي ضمان كان فيعود ضمان القيمة على ما ذكرنا عن محمد والله اعلم

باب بيع المكيل يزيد او ينقص قبل ان يكال

اصل الباب ان البيع يوجب الاستحقاق فيما شرط في البيع لا فيما لم
يشترط اذا كان المشروط جاريا مجرى الاصول دون الوصف والبيع ان
ما يشبه مسالة الاصول انما يستحقه المشتري بالشرط ولا ينحاز استحقاقه
المشروط والكيل في المجلات فيشبه مسالة الاصول حتى لو اشترى
حنطة بعينها على انه كر فوجدها ازيد لا يسلم له الزيادة ولو انتقص
يرجع بحصته لانه اصل بنفسه لانه عبارة عن كثرة اجزاء ذلك جنس
عن جامع بنفسها وبعض الاعيان لا يكون تبعا للبعض بخلاف الاوصاف
والمعنى ما ذكرنا في الابواب المتقدمة ان القدر فيما يضره التبعيض جار
مجرى الوصف وفيما لا يضره جار مجرى الاصل وحرف اخر ان البيع متى
وقع على حنطة بعينها بشرط الكيل بان قال بعتك هذه الحنطة على انها كر
فالغبن في الزيادة والنقصان بحالة الكيل لا بحالة القبض ويتعين المبيع
بنفس الكيل ولا يحتاج الى كيل اخر ومتى وقع على حنطة بعينها بشرط
الكيل بان قال بعتك هذه الصبرة كانت العبرة والزيادة والنقصان
بحالة القبض ولا يتعين المبيع بنفس الكيل ما لم يقبض لان في الوجه الاول
المعقود عليه العين والقدر والعين يتعين بالاشارة والقدر يتعين بجواز
الزيادة والنقصان وهذا لان الملك في العين منه لا يثبت الا بالتعيين لان

وجود العين للتعيين وملك الشي لا يثبت بوجوده الا ترى انه بمنزلة السلم
من حيث انه لا يمكن الاشارة اليه بعينه والملك في الدين انما يثبت في العين بعد
التعيين وكذلك في القدر لا يثبت الا بالتقدير لانه لا وجود له قبل التقدير من
بعض لان الحنطة التي شرط ان يكون قفيزا احتمل ان يكون اكثر منها ان المبيع
قفيزا منها فالمبيع منها لا يتعين الا بالتقدير واذا ثبت ان الملك في العين منها لا يثبت
الا بالتعيين وفي المقدر منها لا يثبت الا بالتقدير صار له شبها بابتداء العقد
فيما يرجع الى افادة الملك في العين فصل بمعنى يمنع صحة التعليق يمنع صحة
التعيين والتقدير واذا كان التعيين بحضرة المشتري حتى صح الكيل والتعيين
وحصل للمشتري شرطه الا ان تعين المعقود عليه من كل وجه فيسقط
اعتبار الكيل بعد ذلك وتعين العين للتسليم فصار كانه باع قفيز الحنطة
مجازفة ولو باع مجازفة فزادت الزيادة للمشتري ولو انتقص يخير المشتري
بمنزلة حدوث العيب في المبيع في ضمان البايع بخلاف الزيادة والنقصان قبل التعيين
فان ذلك على البايع وفي النقصان يخير المشتري ان شا ترك وان شا اخذ بحصته
من الثمن وفي الوجه الثاني ان تعين القدر بالكيل لم يتعين العين الا ترى ان البايع
بعد ما كال لو اراد ان يعطيه غيره من ذلك الكدس له ذلك فيما الملك للمشتري
في المبيع عند عين فانما يتعين المبيع بالقبض فمتى قدر البايع على تسليم المبيع على
الوصف المشروط لا يخير المشتري لعدم الموجب للخيار فلا يخير بخلاف العدم
رضاه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل قال لآخر اسلمك في هذه
الحنطة على انها قفيز بدرهم فاشتريته على هذا فلم يقبضها ولم يكل عليه حتى اصابها
ماء فسال فازدادت ربعا او نقصت فهو ان الزيادة من مال المشتري بالخيار ان
شا اخذ قفيزا منه بدرهم وان شا ترك اما خيار المشتري فلان المبيع تعيب
في ضمان البايع لان هذا يوجب نقصانا في ماليه الحنطة فانه كالمنقطع
السفل وان اختار الاخذ لا ياخذ الا قفيزا لان المشروط للمشتري قفيز او قفيزا
والمشروط ما يتساوى به بشهادة الاصول فلا يجاوز المشروط الا ترى انه لو
لم يصبه الماء لا ياخذ الا قفيزا وهذا لان المبيع بعرف الكيل معلوم لان الداخل

تحت الكيل العقد ما هو الداخل تحت الكيل فقبل الكيل لم يتعرف المعقود عليه
ولا يتصير ممتازا عن غيره فلم تكن الزيادة حاصلة على ملك المشتري من
بين العقد او بينه اذا قال اسلمك هذه بدرهم وقبل ثم اصابها ما فازدادت
واختار المشتري اخذها فانه ياخذها مع الزيادة ذا العرق وهذا ان المشروط
هنا المشار اليه من غير اعتبار الكيل والمشار اليه موجود هنا فكان
المعقود عليه مملوكا له من كل وجه فكانت الزيادة حاصلة على ملك المشتري
فكانت له كالولد والثمر وغيرها اما المشروط له في مسئلتنا العين والقدر والعين
ان تعين بالاشارة فالقدر لم يتعين من حيث انه تغير اكانت الزيادة له لانها
حدثت على ملكه ومن حيث انه يتعين لا لانها لم تحدث على ملكه فلا يكون
له بالاحتمال وهذا لو انتقص كان النقصان على البايع فاذا ازداد كانت
الزيادة له ولو كالها بحضرة المشتري فكان قفيزا ثم يدفعها اليه حتى
ازدادت وصفا فانه ياخذها بزيادتها بالثمن الذي اشترى لان الزيادة بعد
الكيل حصلت على ملك المشتري لان المعقود عليه قد تعين من كل وجه
عينا وقدرا الا انه لم يسلم الى المشتري والزيادة لحادثة في المبيع
بعد ما تعين من كل وجه قبل التسليم تكون للمشتري لكنه يخير ان شا
اخذ بدرهم وان شا ترك لانه وان تعين ملكه بالكيل الا ان المبيع بعد
في ضمان البايع لان الكيل ليس بتسليم وتعيب المبيع في ضمان البايع يوجب
الخيار وصار بعد الكيل كانه اشترى مجازفة ثم اصابها ما ذكرنا
في العيد والسابق ولذلك ان نقص ان كان طعاما نقص ان نقص بعد
الكيل فانه ياخذ بجميع الثمن ليعتبر حقه لاختيار له لان النوسة
لا يكون عيبا وان كان قبل الكيل اخذ بحصته لما ذكرنا ان حقه لم يتعين
بعد انما يتعين بالتقدير فاذا قدر وهو اقل من قفيز فقد اوفاه حقه الا
ترى انه لو اشترى طعاما بعينه من رجل على انه قفيز فكاله البايع بحضرة
المشتري او كاله المشتري فوجده يزيد قليلا او ربعا او ينقص ذلك وهو شي
يكون بين الكيلين يريد هذه الزيادة وهذا النقصان حق في الزيادة

ققيزا منه بما اشترى واخذ في النقصان بحصته ولا خيار له لان المشتري يستحق
بالشرط ولا يجاوز استحقاقه قدر المشروط ولما ذكرنا ان المبيع ما يحوز القفيز وذلك
بالكيل فيستحق قدر حقه حينئذ ولو كاله البايع بحضرة المشتري بعد ما وقع البيع فلم
يرفعه الى المشتري حتى اعيد كيله فزاد ونقص لزمه بجميع الثمن لتعين حقه بالقدر
الاول اورد محمد رحمه الله هذه المسئلة في الاصل على سبيل الاستشهاد ليرى انه لا فرق
حكم الزيادة والنقصان التي يدخل فيها بين الكيلين قبل كيل المشتري وبعد
كيله جاز ان يفترق حكم الزيادة والنقصان في المسئلتين جميعا في اول الباب
ونحوها اذا حدثت الزيادة والنقصان قبل كيل المشتري وبعد كيله ثم قال
ارايت لو لم يقبضه حتى كيل مرة اخرى فوجد سوا ما كاله اول ذلك اشار الى ان
العبرة للكيل الاول لانه لو شرط الثاني لجاز ان يقع في الاول زيادة او نقصان
يحتاج بعد ذلك الى ثالث ورابع فيؤدي الى ما لا نهاية واحكام الله تعالى مساهله
رجل اشترى قفيزا من طعام بعينه وكاله البايع وعزله في ناحية
بيته ولم يدفعه الى المشتري حتى اصاب الطعام كله ما القفيز المعزول
وغيره وازداد ربعا فللبايع ان يدفع الى المشتري قفيزا ان شاء من القفيز المعزول
وان شاء من الباقي ولا يتعين المعزول لملك المشتري ولا تكون الزيادة له لان
المعزول لم يتعين لملك المشتري لانه باع قفيزا من هذا الكر لا بعينه وغير
المتعين لا يتعين الا بالقبض كما في السلم فكان للبايع بعين اي الطعام شاء الا
ترى انه لو هلك المعزول لا يبطل البيع ولو لم يصبه الماء كان له ان يدفع غيره
ولا خيار للمشتري الا ترى انه نوع عليه فلا يصح الا بحضرته والمشتري بالخيار
ان شاء اخذ وان شاء ترك لتغير المبيع في ضمان البايع فاذا اختار الاخذ فالزيادة
للبايع لان الحنطة اذا لم تكن معينة وقت البيع كانت العبرة للزيادة والنقصان
وقت القبض هي قفيز وربع فلم يسلم له الا قدر المشروط بخلاف ما اذا باع هذا
الطعام على انه قفيز [illegible] لان عينه ثبت بالكيل وان الكيل ثمة لمعرفة
المقدار لا لمعرفة المبيع لانه متعين ولهذا لو هلك يبطل البيع وهنا الكيل
لمعرفة المبيع لانه مجهول والكيل لا يتعين حتى لا يبطل بهلاكه ولو اصاب

المعزول

المعزول ما لا خير فالبايع يعطيه قفيزا من الباقي لانه قادر على تسليم المبيع بوصف
السلامة ولو استفضل ان كان الطعام مما يجف القفيز والباقي لانه قادر على
تسليم المبيع بوصف السلامة ولو استفضل ان كان الطعام مما يجف القفيز والباقي
او المعزول وحده فعلى البايع ان يتم له قفيزا ولا خيار له او اخذ منهما اما الامام فلان
العبرة للزيادة والنقصان وقت القبض لما قلنا واما عدم الخيار فلان على البايع
ايفاء ما شرط للمشتري من جنس القدر والكمال ولم يتعيب حتى يخير المشتري
بسبب العيب رجل اشترى من رجل قفيز حنطة بقفيز حنطة باعيانهما وكال
كل واحد منهما لخصمه الاخر وكان قفيزا تاما ولم يتقابضا حتى اصاب احدهما
ماء فازداد ربعا لا يبطل البيع والذي لم يصب طعامه الماء بالخيار ان شاء اخذ القفيز
والربع بطعامه وان شاء نقض البيع اما عدم بطلان البيع وان حصل قبل القبض
فلو كان موجودا وقت العقد وجب فساد العقد وهو الزيادة في
ابتداء العقد انما وجب فساد العقد لمكان الربوا وانه لا يتحقق في حالة
البقاء لحصول الزيادة على ملك المشتري لما ذكرنا فيما اذا اشترى نخلا لكل
ثمر فاتم النخل قبل القبض بمثل الثمن ولهذا لو اشترى جارية بجارية بدرهم
فلم يتقابضا حتى وطيها رجل بشبهة وغرم عقرها مائتي درهم وهي
لم يفسد الوطي بفضل المشتري الجارية والعقر ولا يفسد العقد
وان حصلت الزيادة في العقد لكونه غير مشروط فلا يكون ربوا واما
الخيار فلتغير ما اشتراه في ضمان البايع لان الماء في الحنطة عيب فان
نقض انقطع الشغل وان اختار الاخذ اخذ المولكين بلا الزيادة لان
الحنطة متى كانت متعينة وقت العقد كانت العبرة للزيادة والنقصان
وقت العقد ووقت العقد كان قفيزا تاما وهذا لان المبيع يتعين بالاشارة اليه
الا ان الكيل فيه من تمام القبض لزوال احتمال الزيادة والنقصان فكانت
الزيادة حاصلة على ملك المشتري لوجودها بعد الكيل ولم يتناولها
عقد البيع حتى اصاب احدهما وازداد ثم كيلا فوجد اليابس قفيزا والثاني
قفيزا وربع يخير صاحب الطعام اليابس لما ذكرنا فان اختار الاخذ

بأخذ قفيزا من الذي يعطي اليابس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله يبطل البيع أما بأخذ قفيزا الأجير لأن الزيادة حصلت
قبل تعيين ماله لأن حقه إنما يتعين بالجعل لما ذكرنا وأما فساد البيع عند
محمد رحمه الله لأنه صار أحد العوضين مسلوبا لا قبل القبض من كل وجه
قضاء كما لو كان أحدهما مسلوبا لا لذي العقد وعنده بيع الحنطة المبلولة بغير
المبلولة متساويا ولا يجوز لما ذكرنا فإذا اعترض المفسد قبل القبض له شبهة
العقد فيفسد البيع كالمشتري إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض وعندهما
بيع الحنطة المبلولة بغير المبلولة صحيح ولا يفسد بالاعتراض فرق محمد
رحمه الله بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى وهو ما إذا كاله ولم يقبضه حتى
أصابه الماء فإنه لا يفسد البيع والفرق أن ثمة المفسد وجد لذي
العقد من وجه وبعد من وجه لأنه وجد بعد الجعل قبل القبض والجعل
قبض حكما فيما يبيع ... لأنه تعين ماله بالبيع عن غيره وهو العقد
وأما تعين ماله فالعقد غير عن القبض فكان له حكم القبض ولهذا لا
يباح للمشتري التصرف بعد الجعل ولا يباح قبله وإن تعين حقيقة وإذا
كان الجعل حكم القبض فإذا لم يوجد الجعل حتى ابتل كان المفسد حاصلا
قبل القبض حقيقة وحكما فالبلل الحاصل قبل الجعل والقبض له شبهة
الجعل في بيع الرطب بالتمر فأوجب فساد البيع باعتبار شبهة الربوا
لا باعتبار حقيقة الربوا فإن حقيقة الربوا تثبت بحقيقة البيع والثابت
هنا شبهة البيع فكان الثابت شبهة الربوا لكن الحق بحقيقة الربوا
احتياطا أما البلل الحاصل بعد الكيل بلل بعد القبض حكما فلا يوجب
شبهة الربوا وثبت شبهة الشبهة والأصل أن ما علق ثبوته بالشبهة
لا يتعلق بشبهة الشبهة كسقوط الحد وغيره بخلاف النخل والتمر
لأن ثمة المبيع تعين حقيقة فلا يحتاج إلى معنى المبيع رجل باع قفيزا
من حنطة بقفيز حنطة من كر بعينه فجاء صاحب الكر فقيرا أو عزله
ولم يدفعه إلى المشتري حتى أصاب الدعوى عزله وما ما بقي فكان

الجل

الكيل بعينه المشتري لم يفسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله لما ذكرنا وبائع الحنطة اليابسة وعند محمد رحمه الله فسد البيع أن
في المسألة الأولى فسد البيع ببعض ما له لأنه عين محل وهنا وإن
وجد الكيل لكن لا يوجب التعيين لأن المبيع غير متعين على ما مر فكان
وجود الجعل وعدمه في حق التعيين بمنزلة فصار هذا والأول سواء لأن
المبيع سواء إذا كان غير متعين لا يتعين إلا بالقبض ولو أصاب المعزول
ما لا يجعل الحنطة اليابسة قفيزا والاجتماع لأنه أمكن للبائع تسليم قفيز
يابس فيجبر على تسليمه ولا يجبر المشتري لأنه لم يتعين عليه شرط
عقده وهذا إذا كان بعينه المشتري أما إذا كان بحضرته يتعين على ...
بنفس الجعل رجل اشترى قفيز رطب بقفيز رطب وتخايلا وتقابضا
جاز البيع سواء علم أنهما إذا جفا استويا على السواء أو علم أن نقصان
أحدهما أكثر أو لا يعلم ذلك عندنا وعند الشافعي لا يجوز وهذا الخلاف
التالي بالانفصال ولهذا ... نظير أحدها هذا والثاني بيع الرطب
بالتمر كيلا بكيل والثالث بيع العنب بالزبيب والرابع الحنطة المبلولة
باليابسة أو الرطبة باليابسة أو الرطبة بالرطبة والخامس الحنطة
المبلولة بالحنطة المبلولة والسادس الحنطة بالسويق والسابع الحنطة
بالدقيق والحنطة بالنخالة والثامن الدقيق بالدقيق والتاسع السويق
بالسويق بالدقيق والعاشر الحنطة المقلية بغير المقلية أو بالمقلية أما الأول
فوجه قول الشافعي رحمه الله بناء على أصل له أن الأصل في بيع المطعومات
الحرمة والمساواة مخلص لهذا بناء على النهي بقوله لا تبيعوا البر بالبر إلا
سواء بسواء وروي أنه عليه السلام نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا سواء
بسواء ولو اقتصر على صدر الكلام لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال ولهذا لا يجوز
عنده بيع تفاحة بتفاحتين و... حفنة بحفنتين لانعدام المخلص وهو المساواة
في المعيار الشرعي وعندنا الإباحة في هذه الأموال أصل كما في سائر الأموال
والفساد تعارض بعدم المماثلة لوجود الفضل الخالي عن العوض فيما به

او موهوما احتياطا دل عليه قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل وجه المماثلة
بجواز العقد على دوابه النصب واخبر عنه على دوابه الرفع ثم جعل الفضل بعد
ذلك المماثلة ربوا بقوله عليه السلام والفضل ربوا وقال عليه السلام لا تبيعوا
البر بالبر الا سوا بسوا والاجماع المساواة في الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة
بجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون المعنى
فسدوا البيع عند عدم المماثلة التي هي واجبه ولهذا قلنا بجواز بيع التفاحة بالتفاحتين
والحفنة بالحفنتين لانه لا يقبل هذه المماثلة فلم يكن في محل الربوا وقال في بيع الرطب
بالرطب التفاوت يظهر في الحال ومن الناقلين قصار وتشبيه معناه لا يعتبر التفاوت في
الدقول حتى لا ينضم بعضه الى بعض بل يتجافى ويتفاوت مقدار التجافي فيه فلا يكون
الكيل فيه معيارا شرعيا والمخلص عن الربوا التساوي في المعيار الشرعي وقاس
بيع الحنطة المقلية بغيرها فان المقلية لا تتحرك في الدقول في الكيل الا سفاع تحدث
فيها بالقلي او ضمور فانها اذا قليت رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت
وحجتنا قوله عليه السلام التمر بالتمر كيلا بكيل والتمر اسم للتمر والخارجة
من النخل من حين ينعقد عليها صورتها الى ان يدرك فكان الرطب تمرا دل عليه قول
القائل وما العيش الا نومة وتشرق وتمر على راس النخيل وما والمراد الرطب
والمعنى فيه ان الرطب امثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربوا فيها فثبتا لا
متساويه بصفة الكيل فكان الكيل فيها معيارا شرعيا والاصل انه يراعي وجود
المساواة من البدلين على الوجه الذي صار مال الربوا كما في الحنطة وغيرها
وبه فارق المقلية فان الحنطة لا تخلو لذلك فان في الاصل غير مقلية وتصير
مال الربوا بتلك الصفة فيراعي بها المماثلة وبعد القلي لا يوجد بها المماثلة وان
وان تساويا في الكيل فلهذا لا يجوز بيع المقلية بالمقلية ولا بغير المقلية فان
قيل فقد جوزتم بيع الحنطة والرطبة بالرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة
حادثة بصنع العباد كالقلي قلنا الحنطة في الاصل خلقت رطبة وتكون مال
الربوا على هذه الصفة فاذا ابتلت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت
المماثلة على الوجه الذي صار مال الربوا جاز العقد وهي لا تخلو في الاصل

مقلية

مقلية حتى يكون هذا اعادة الى تلك الصفة فيها فرق محمد رحمه الله بين بيع الرطب
بالرطب وبينهما اذا باع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او المبلولة بالمبلولة متساويا
كيلا فانه لا يجوز والفرق ان في الحنطة التفاوت يمكن بينهما في ثاني الحال وهما حنطة
والحنطة دخلت في العقد فكان هذا النقصان وتخطى البدل لان البدلين كانا
حنطة فاما هنا اذا صار تمرا واستقص احدهما بالتفاوت انما يمكن بعد ما صار
تمرا والتمر لم يكن داخلا تحت البيع فلا يكون هذا النقصان وتخطى الثمن فاذا
جاز بيع الرطب بالرطب فلو تقابلا او لم يتقابضا حتى صار تمرا واحدهما انقص
من الآخر فهما بالخيار ان شاءا امضيا البيع وان شاءا نقضا لانهما اشتريا تمرا مكايلة بعينه
فكانت العبرة للزيادة والنقصان وقت الكيل فصار بعد الكيل بمنزلة ما لو اشترى
هو واحد منهما رطبا مجازفة ثم صار تمرا في يد البائع واستقص عما كان ولو كان
لذلك لا يفسد البيع ولكن يتخير المشتري لانه فات صفة مرغوبة وهي الرطوبة
لذلك هنا ولو صار احدهما تمرا والآخر رطبا كما هو لا يفسد البيع ومشتري
الرطب بالخيار ان شاء اخذ التمر بنقصانه وان شاء ترك اما عدم الفساد فظاهر
عند ابي حنيفة لان بيع الرطب بالتمر عنده يجوز واما عندهما فلان المفسد اعترض
بعد وجود القبض من وجه لان الكيل حكم القبض على ما مر واما الخيار فللتغير
المعقود عليه في حقه واعتبارا للبعض بالكل وان لم يتقابلا بعد البيع حتى
صار احدهما تمرا فسد البيع في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
لانه صار احد البدلين تمرا قبل القبض من كل وجه ولو كان كذلك في ابتداء العقد يفسد
البيع عندهما وصح عند ابي حنيفة رحمه الله فكذلك اذا صار كذلك في القبض من كل
وجه واذا صح العقد عند محمد المشتري الذي تغير حقه وان [illegible] ان
نقض لاجاز العقد كانهما كانا تمرا في ابتداء العقد ويخيران للتغير في حقهما
واما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز عند ابي
يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر فقال عليه السلام اينقص الرطب
اذا جف فقالوا نعم قال عليه السلام فلا اذن نهى ونبه على العلة وهي النقصان

وحالة الجفاف وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب
بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم في قوله عليه السلام اينقص اذا جف
اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف
ولا يعرف ذلك بالمساواة في الحال في الحال فهذا الحديث دليل الشافعي رحمه الله ايضا في
بيع الرطب بالرطب واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولهذا
قال بالمساواة في جميع الصور التي ذكرنا ولهذا لان هذا الحديث جرى مجرى البيان
للحالة التي يجب المماثلة فيها فان النبي صلى الله عليه وسلم شرط المماثلة ولم يبين
الحالة فهذا بيان كذلك المجمل واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة
بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن وبخروج الغلة اي مقدار بمقدار
من جنسه يتفاوتان في المال تفاوتا فاحشا ولا يجوز كالحنطة بالدقيق ولان العقد
جمع بين البدلين احدهما على هيئة الادخار والاخر ليس على هيئة الادخار ولا استواء ان
عند التساوي في الصفة ولا يجوز المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة
من نوع العيب والرطوبة في الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه اصل
الفطرة السليمة فاما ما لا يخلو عنه اصل الفطرة لا يكون عيبا كالصغر في الادمي
وانعدام العقل بسببه وبخلاف الحديث مع العتيق وكل واحد من البدلين هناك
على هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه الا تفاوت يسير لا يمكن التحرز
عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ولان المماثلة شرط بالاجماع ولم يوجد لوجهين
احدهما ان جميع ما يستعمل فيما المكيال موجود في الرطب وبعضها ولهذا اذا انتفخ
التمر في الماء يزداد حجمه ويعظم قدره وتلك الزيادة ليست اجزاء التمر فلم يوجد
المماثلة حقيقة والثاني ان العقد لا يستكثر من الرطب لا زخ فيه من اجزاء الما
عنه من انجاسه فيقتفى بين الرطبين فصار يستعمله سوى كما قلنا في اللبن لا
والتمر ليس كذلك او ان تفرق فيه الرطب اكثر تكاثر من التمر فصار كانه باع
صاع بصاع وليس اصلها بيوع ولهذا لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة والمقلية بغير
المقلية واذا ثبت عدم المماثلة لا يجوز لما ذكرنا ان الاصل هو الحرمة ودخل
ابو حنيفة رحمه الله بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا شديدا عليه لمخالفته

الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لم يكن تمرا فان كان تمرا جاز العقد لقوله
صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز لقوله صلى الله عليه وسلم
واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضي الله عنه
فقال مداره على زيد بن ابي عياش ولا يقبل حديثه واستحسن منه اهل الحديث
هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه الله كيف يقال ابو حنيفة رحمه الله لا
يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ولا يلزم بيع الحنطة
بالدقيق لانه لا يخلو اما ان كان الدقيق حنطة او غير حنطة لان النص فيه سبيل
التخصيص وبين المعرفة بالتشبه وهذا الكلام في المناظرة حسن لدفع شغب
الخصم لكن الحجة لا تتم بهذا لجواز ان يكون قسما ثالثا كما في المقلية لكن
الحجة لابي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل
بمثل يدا بيد كيلا بكيل وقد بينا ان التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من
حين ينعقد صورتها الى ان يدرك وما يترادف عليها من الاوصاف باعتبار
الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالادمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم
شيخا واسم التمر عليها ذات الاسم حالة واذا ثبت ان الكيل يعتبر وجود المماثلة
حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد لان اعتبار نسبة المماثلة وذلك
يكون عند العقد وما كان اعتبار المماثلة في الاعدل الا انتظر الاجود فيه كما
لا يعتبر المماثلة في ذلك فكذلك في هذا وقد تحققت المساواة بينهما في الكيل
في الحال لان الرطوبة التي في الرطب تفضول وهي تاكله للكيل ولا يظهر التفاوت
الا بعد ذهابها بالجفوف فلا يتبين ان التفاوت كان موجودا عند العقد
بخلاف الحنطة بالدقيق فان الطحن يفرق الاجزاء ولا يفوت جزوا على الكيل
فتبين بالتفاوت بعد الطحن انهما لم يكونا متساويين للطاقة التي عند
العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلي لا يفوت جزوا على الكيل انما يعدم
الطاقة التي بها كانت الحنطة تنبت ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا ان
هذا التفاوت كان موجودا عند العقد ثم صاحب الشرع اسقط اعتبار
التفاوت في الجودة بقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء واعتبر

التفاوت بين الجيد والرديء حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة فلا يكون ذلك
بصنع العباد والتفاوت بين الجيد والرديء ليس بصنع العباد فصار
هذا أصلا أن كل تفاوت ينبني على صنع العباد فذلك معتبر وفي المقلية بغير
المقلية والحنطة بالدقيق والتفاوت بين الصفة وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت
بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب
والتمر بهذه الصفة فلا يعتبر كالجيد بالرديء ولهذا علل بعض مشايخنا رحمهم الله
فقالوا باع مقدارا من جنسه من بيع المعاير التي ينهى من غير [illegible] فيجوز إذا
تساويا في الحال كالعتيق مع الحديث وقولنا من جنسه احتراز عن الربوا فيهما وهذا
المعنى وهو أن المساواة كيلا في الأموال الربوية شرط الجواز فيعتبر
وجودها عند العقد كسائر شرائط الجواز من إعلام الثمن والمبيع وإمكان
تسليم المبيع وغيرها ولو اعتبرت الحالة الثانية لم يجز عقد أبدا من بيع
إلا ويجوز هلاكه ووجه يلزم على المعاني بيع الحنطة بالدقيق لأن المعاني لا يتبع
الأسطلة وعلى المعنى فإن السعر يبطل التفاوت في الثاني وإنما يبطل التساوي
في الحال لأن في الحنطة أجزاء دقيق بطنه يظهر بالطحن وربما يكون أكثر من
المفرده فلم يكن التفاوت في الحال ولا يلزم على هذا إذا باع حنطة بحنطة علكة برخوة
فإنه يجوز وإن ظهر التفاضل إذا طحنت لأن ذلك التفاضل كان موجودا عند العقد
لأنه إذا باع الحنطة بحنطة فالمقصود عين الحنطة دون الدقيق ولا يعتبر
التفاوت في الدقيق فأما في بيع الحنطة بالدقيق فالدقيق مقصود في العقد
والدقيق الذي في الحنطة وإن لم يكن مقصودا اعتبر الربوا فيه كما في بيع
السمسم بدهنه لا يجوز إلا بطريق الاعتبار وجاز بيع السمسم بالسمسم
ولا يعتبر الدهن الذي فيهما ولا يلزم المقلية بغير المقلية على المعاني لعدم
المماثلة على المعنى ولقيام التفاوت في الحال لأن المقلية أجزاؤها متضمنة
ولا يعرف المساواة بينهما على اعتبار ما قبل القلي والمعتبر هذه الحالة لأن الحنطة
إنما تصير من أموال الربوا لعلة الكيل عندنا فيعتبر كونها كيلية في أصل
الخلقة ما قبل القلي فعلى هذا ثبت بوضع أصحابنا ولا نعرف المساواة في

الحالة التي قبل القلي وقد ذكرنا في المقلية بغير المقلية أنه إلى الحالة التي
طبخ وأما الحديث فقد ذكرنا الطعن في صحته وهو مخالف للأصول أيضا
من فيه تعليل المنع بنقصان يوجد في الباقي بفوات جزء من المبيع وفوات
كل المبيع في الثاني لا يمنع جواز العقد وكذا فوات بعضه كما في العتيق
مع الحديث وهو مخالف للحديث المشهور أيضا وهو حديث أبي سعيد الخدري
رضي الله عنه لأنه دل على اشتراط المماثلة حالة العقد فإن من باع الحنطة لا تنع
عن كل الأرطال الأربعة تبين منه أن المبيع وقت البيع رطل والثمن درهما
لا قبله ولا بعده وما روى يقتضي المماثلة بعد فكان مخالفا للحديث المشهور
وهذا باطل قوله أن هذا تفسير لأن البيان التفسير لرفع الاحتمال لا لإبطال
مقتضاه وذكر الطحاوي رحمه الله محمول على البيع نسيئة بدليل قوله عليه
السلام أينقص إذا جف أن الرطب إذا جف ينقص لا أن كل الأجل فلا
يكون هذا التصرف مفيدا وقيل سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الوصي عن اليتيم رطبا بالتمر فنهى نظرا لليتيم أو يطلبوا الإرشاد إلى
ما هو الأصلح لليتيم لأنه إذا استحق الرطب الجفاف لم يبق للربح وجه
سوى تغير السعر وأنه يحتمل أن يكون معرضا ماله للتلف فنهى عنه شفقة
عليه وأما قوله بأن في الرطب ما قلنا ما فيه من الرطوبة من أجزائه
فإذا كان [illegible] كانت أجزاء التمر ضررا وهي أجزاء مطلوبة منقوصة فإنما
فاستويا في الأجزاء وإن كان في أحدهما من الرطوبة أكثره كالحديث
مع العتيق والتفاوت بالانتقاص من جهة أصل الخلقة لا بصنع
العباد فلا يعتبر لأنه لا يمكن الاحتراز عنه على ما ذكرنا وأما بيع العنب
بالزبيب كبيع الرطب بالتمر في العيون عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال
العنب بالزبيب لا بأس به والعنب أقل [illegible] وروى هشام عن
محمد رحمهما الله أنه قال لا بأس بقفيز من زبيب بقفيز من عنب [illegible] الذي
في العنب في بعض النسخ وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه قال إن كان
الزبيب أكثر يجوز البيع ويكون الزيادة بإزاء الماء الذي في العنب قال

بقشام قلت لمحمد رحمه الله لو اعتبرت الحال الذي فيه ينبغي ان يجيز بيع الرطب
بالتمر اذا كان التمر اكثر فلو ازليته حتى يجيء وقال لا يجوز البيع فيه وروي
عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انهما اجازا اذا كان الزبيب اكثر
وقال في العيون قلت له انه يجوز من قبل الحال الذي في العنب في الرطب
بالتمر يجوز لان في الرطب ما يرجع وقال لا خير فيه والحاصل ان قول محمد
الاخر كالف لقول ابي يوسف رحمهما الله ووجهه ان لكل واحد منهما
من جنس الاخر وصفة الكيل جمعهما فيعتبر ما في العقد اعتبارا بما لو كان فاذا
كان التمر اذا بدت يرجع الى الاول فصار بمنزلة السمسم بالدهن والزيت
بالزيتون وجه قول محمد رحمه الله انهما من جنس واحد فجاز بيع احدهما بالاخر
كالحديث بالعتيق ووجه قوله الثاني انه باع جنسا بجنس من غير معرفة
المساواة في المعيار الشرعي فاشبه الرطب بالتمر على ما هو المذهب عندنا
واما بيع الحنطة المبلولة باليابسة والرطبة باليابسة يجوز عند ابي
حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز وذلك في نسخة ابي حفص
رحمه الله قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة رحمهما الله وهو قوله الاخر
فاما قوله الاول كقول محمد رحمهما الله واما الحنطة المبلولة بالمبلولة يجوز
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا ولا يجوز عند محمد رحمه الله
وكذا الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع وكذا الحنطة الرطبة التي
اخرجت من سنبلها بالحنطة مثلها فالاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان
العقد اذا ورد على بدلين بينهما حقيقة المجانسة يعتبر التساوي بينهما
في حالة العقد ولا يعتبر التفاوت بينهما في الباقي وهذا التفاوت بمنزلة
التفاوت في الجودة والرداءة والاصل عند ابي يوسف رحمه الله
ما هو الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله الا انه لا يجوز بيع الرطب بالتمر
بالنص على رواية ابي حفص رحمه الله وهو قوله الاخر والحنطة الرطبة
باليابسة ايضا على قوله الاول لوجهين احدهما انه ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد رضي الله عنه على ما ذكرنا وبيع الحنطة

باليابسة في معنى بيع الرطب بالتمر والحنطة المبلولة باليابسة لانه لا يصنع العاد على
ما ذكرنا والثاني انه مضى على اصله لكنه يقول المجانسة بين الرطب والتمر وبين الرطبة واليابسة
ثابتة من وجه دون وجه لان بعض ما ينبغي من التمر لا ينبغي من الرطب كذلك ما ينبغي من
اليابسة لا يوجد لان البل لا يبقى فيه شيء من منافع الحنطة من الطحن والزراعة وغيرها
والاصل عند محمد رحمه الله ان العقد اذا ورد على بدلين يتمكن التفاوت بينهما في الباقي
وكل واحد منهما على الاسم الذي دخل تحت العقد لا يعتبر التساوي بينهما حال وقت
العقد وانما يعتبر التساوي في اعدل الاوقات وان لم يبقيا على الاسم الذي دخلا
تحت العقد يعتبر التساوي بينهما كيلا وقت العقد فالحنطة والتمر والزبيب المسمى
دخلوا تحت العقد باسم الحنطة والتمر والزبيب واذا حصل الجفاف يبقى بهذا
الاسم فيتمكن التفاوت بينهما وهما على هذا الاسم بخلاف الرطب بالرطب والمعنى
فيه وهو ان احد من الحديث اصلا يبنى عليه فروع فقال لا مجانسة بين الرطب
والتمر حقيقة لان حقيقة المجانسة في الاشتراك في المنافع وهي بينهما مختلفة
ولهذا الوطف لا يأكل بهذا الرطب فانه يعد ما صار تمرا لا يحب لان بينهما شبهة
مجانسة يوجد في الثاني لصيرورة الرطب تمرا وانما جرى الربوا بينهما باعتبار هذه
الشبهة وقد دل الحديث على اشتراط المماثلة باعتبار المجانسة التي يوجد فاذا
لم يكن يعلمه لا يجوز فصار هذا اصلا في كل بدلين بينهما شبهة مجانسة
يوجد في الثاني فالمماثلة يعتبر على اعتبار تلك المجانسة وعلى هذا الاصل لا يجوز
بيع الحنطة المقلية بغيرها وكل بدلين بينهما حقيقة المجانسة للحال وشبهة
مجانسة اخرى يوجد في الثاني يجوز ينبني على اعتبار الحقيقة القائمة للحال
لانا لو اعتبرنا الشبهة القائمة لعطلنا هذه الحقيقة ولا يجوز تعطيل الحقيقة
لاجل الشبهة وعلى هذا اجاز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب لان بينهما حقيقة
المجانسة للحال وشبهة مجانسة يوجد عند الجفاف غير هذه المجانسة ويجوز بيع
الحنطة بالحنطة ولا ينظر الى ما يصير بعد ذلك تساويهما بحقيقة المجانسة للحال
لا يلتئم على ما ذكرنا المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة لان بينهما حقيقة المجانسة
للحال وانما لا يزول بالجفاف فيهما جنسا واحدا حقيقة وقد يقع في الثاني تفاوت

في هذا الجنس بنسيئة فلم يحل فقط لشبهة التفاوت قائمة للحال والشبهة في الربوا ما كالحقيقة احتياطا في موضع لم يكن في اعتبارها تعطيل حقيقة المجانسة الثابتة للحال لانا متى جعلنا شبهة التفاوت بمنزلة الحقيقة تعيينا الحقيقة ولا كذلك اذا جعلنا شبهة التفاوت في المجانسة احرى لحقيقة في باب المجانسة ويبقى الجواز بناء عليه ولان المساواة مشروطة في اجزاء الحنطة في اجزاء الحنطة واجزاء التمر في الفصول كلها ولا تساوي في اجزاء الحنطة في الحال لان انتفاخ الحنطة الرطبة باجزاء الماء وذلك غير جنس وانه لا يصير ذلك داخلا في العقد انما تعتبر المساواة فيما ورد عليه العقد ولهذا لا يعلم الحل في الحال والرطوبة في الرطب من اجزاء الصلاح فيدخل تحت العقد فيتبع اعتبار المساواة فيما هو داخل تحت العقد وعن محمد رحمه الله في بيع المبلول بالمبلولة والمسمنة بالمسمنة انه لا يعلم انهما ينتقصان على السواء لا يجوز وما قيد بهذا القيد بالرطبة لانه ليس لها حالة عرف تفاوتهما وتساويهما بعد الجفاف اشد لا الا بحالها وفي المبلولة لها حالة قبل البل يعرف تساويهما بعد اشتدادها لا الا بتلك الحالة واما بيع الحنطة بالسويق فلا يجوز تساويهما ولا اختلافها الا ان تكون الحنطة اكثر ومع السويق فضة او ذهب فهو كما مر بفصل الحنطة اما عدم الجواز بغير هذا الشرط لان في الحنطة دقيق متمكن ولعلها اذا طحنت يزيد على الاخر واما الجواز بهذا الشرط لان الصحيح مقصود المتعاقدين ومتى امكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كانهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه خاصة ولو قال الرجل اوصيت لك بثلثي يحمل على ايجاب ثلث المال ليعرف بمقصوده وتصحيح التصرف والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه وان كانا متساويين في الكيل ومع السويق فضة او ذهب فهذا يدل على انهما لو كانا متساويين في الكيل ومع الرواية فيه مشتبهة لانه ذكر في بعض الروايات الا ان يكون مثلا بمثل او الحنطة اكثر ومع السويق فضة او ذهب فهذا يدل على انهما لو كانا متساويين لم يجز بين الحنطة والسويق وان كانا سواء لم ان الحنطة في الحقيقة اكثر لانها لو طحنت صار في الكيل اكثر واذا كانت الحنطة

في الحقيقة اكثر جاز ان يكون مع السويق فضة او ذهب وذكر في بعض الروايات والحنطة اكثر فهذا يدل على انهما ان كانا متساويين في الكيل ومع السويق فضة او ذهب وذكر في بعض الروايات والحنطة اكثر فهذا يدل على انهما ان كانا متساويين في الكيل ومع السويق فضة او ذهب لا يجوز لانهما متساويين في الكيل صورة ولا يجوز ان يكون بمقابلة زيادة ولو كانت الزيادة مع الحنطة فلا يجوز وان تساويا في الكيل والحنطة اكثر لان زيادة الحنطة والفضة يكون ربوا واما الحنطة بالدقيق فلا يجوز متساويا ولا متفاضلا لما ذكرنا في مقام الفرق بين الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن في الصورة وهو تفريق الاجزاء وان كان في الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن حتى ينقطع به حق المالك لان الربوا مبني على الاحتياط والشبهة فيه تعمل عمل الحقيقة وعند وجود حقيقة المجانسة لا يجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذلك عند شبهة المجانسة ولا يعرف التساوي في الكيل بين الدقيق والحنطة والدقيق ولا يصير حنطة قط لكن الحنطة يطحن ولا يدري ان بعد الطحن يتساويان في الكيل ام لا فاذا كان التساوي في المعيار في الحال لا يعلم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع احدهما بالاخر وكذلك بيع الحنطة المقلية بغير المقلية الحنطة بالدقيق الا انه جزء خشن والدقيق جزء لين واما بيع الدقيق بالدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعي لا يجوز لان الدقيق لا يعتدل في الدخول في الكيل فانه يتكبس بالكبس في الكيل عنده لا يكون معيارا شرعيا الا فيما يعتدل في الدخول في الكيل كما قلنا في بيع الرطب بالرطب لكنا نقول الكيل فيما هو كيل معيار شرعا والدقيق كيل بمعرفة كونه كيلا بالرجوع الى عرف الناس وجواز السلم في الدقيق كالحنطة وما يتوهم في الحنطة ايضا ثم يسقط اعتباره ووجيب بما عند الخليف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة ايضا ثم سقطت اعتباره وحينئذ الحكم على الوسط من ذلك فكذا الدقيق ولما بيع السويق بالدقيق فلا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متساويا ولا متفاضلا

وعندهما يجوز متساويا او متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد لانهما جنسان مختلفان
فان الاسم مختلف والمقصود مختلف فانه يقصد بالدقيق الخبز والعصيدة
والاطرية ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وحد التفاوت بينهما في المقصود
اظهر من التفاوت بين الهروي والمروي اقصى ما في الباب انهما اشتركا في
الاصل لكن بهذا لا تثبت المجانسة كالخبز مع الشعير وكذلك كل واحد منهما
لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لا يصير سويقا
بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا واتحاد الاصل لا يعتبر اختلاف الجنس
باعتبار هذه المعاني كالادهان وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز البيع متساويا
لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير
سويقا ويتعذر تحصيل السويق بهذه الصفة فيعتبر التساوي بينهما لجواز
العقد باعتبار المال ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله ليس في المسألة في
الحاصل اختلاف فعند ابي حنيفة رحمه الله ان السويق اسم لما يتخذ من
الحنطة المقلية وعندهما لا يجوز في هذه الصورة ايضا لان عندهما السويق
اسم لما يتخذ من الدقيق وعنده يجوز في هذه الصورة متساويا ولابي
حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ان السويق اجزاء الحنطة المقلية والدقيق
اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال
فكذلك بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا انهما لما جعلا جنسا واحدا
قبل الطحن عرفنا انهما جنس واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة
واحدة وهو تفريق التركيب وثبوت المجانسة ما كان باعتبار التركيب
بدليل وجودها في السويق فعلم انها كانت باعتبار الاشتراك في
معنى لا يتبع التركيب وهو معنى لا يتبع التركيب فالطحن تفرقه ولان بين
الحنطة والسويق مجانسة بدليل جريان الربوا بينهما والحكم لا يبدله
من علته بوجوده وقت ثبوته اولا يجوز تقدم الحكم على العلة فهذه
والمجانسة ثابتة بعد الطحن على ذلك ثم بيان المماثلة اشتراكهما
في المعنى الخاص وهو الجزء الحاصل من الحنطة لان السويق يشارك

الدقيق في ان كل واحد منهما يحصل به الجزء المطلوب من الحنطة وان كان
احدهما اكثر بمنزلة العلكة مع الوجع او المسوسة اقصى ما في الباب
انهما تفاوتا فيما ذكرنا من الوجوه لكن المجانسة ثابتة من وجه دون
وجه فتبطلت المماثلة بينهما على اعتبار ما فيهما من التحاير واذا لم يعلم
ذلك لم يجز البيع كالحنطة مع الدقيق وهذا لانه تعتبر المماثلة على الوجه
الذي صار مال الربوا وهو مثل المقلي والطحن وتساويهما كيلا في الحال
لا يظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد والثاني ان بيع الحنطة بالسويق
لا يجوز بالاتفاق وربوا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة
بين الحنطة والسويق صورة فعرفنا ان المجانسة باعتبار ما في الضمن
والذي في ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق
بعد الطحن كما ثبت بين السويق والحنطة السويق ربوا ومن ضرورة
كون كل واحد منهما جنسا للحنطة ان يكون احدهما جنسا للاخر وانما
اختلف اسم الصنعة لا اسم العين وكل واحد منهما اجزاء متفرقة فيما
كان في الحنطة قبل التفرق وليس فيه اكثر من فوات بعض المقاصد
وبه لا يختلف الجنس كالمقلية بغير المقلية والعلكة مع التي اكلها السوس
فانها لا يصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك ولا يوجب ذلك
اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق رجل اشترى من رجل
كر حنطة بمائة درهم وكاله وتقابضا ثم ان المشتري ولاه رجلا وكاله
البائع للمشتري فزاد قفيزا علم انه غلط ان كانت زيادة لا يجري
بين الكيلين عادة يردها البائع الاول وان لم يعلم الغلط ان كانت زيادة
يجري بين الكيلين عادة لا تسلم للمشتري الثاني وتسلم للمشتري الاول
فالحاصل ان الزيادة لا يكون للمشتري الثاني بحال وهل يكون للمشتري
الثاني بحال وهل يكون للمشتري الاول ففي التفصيل اما لا تسلم للمشتري الثاني
لان التولية عقد يعتمد على صفة العقد الاول بمثل الثمن الاول ولو نص عليه

عليه البر انه لا يبين للمشتري الثاني لما قلنا انه لا يملك الا ما يحويه الكيل وايضا
المشتري الاول فلان الكيل مجتهد في الكيل وما ظهر من الزيادة في الكيل الثاني يظهر
بضرب من الاجتهاد من الثاني ولا يثبت كونه زيادة في حق الاول لان الكيل
الاول مجتهد مثله وقد ادى اجتهاده انه ليس بزيادة وما امضي بالاجتهاد لا ينقض
باجتهاد مثله الا اذا ظهر الخطا بيقين فاذا كانت الزيادة ما لا يجري بين
الكيلين ظهر الخطا بيقين فينقض واذا كانت ما يجري لا يظهر الخطا بيقين
فينقض واذا كانت ما يجري لا يظهر الخطا بيقين ولا ينقض فتبقى الزيادة
داخلة في استحقاق الاول فيكون للبايع الثاني طيبا في قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله لان الزيادة حصلت على ملكه لتعين ملكه بالكيل من كل وجه
لا يحل هذا اخذها من البايع لظهور الزيادة في الكيل الثاني لانه سبب
انه باع بعض ما اشترى بجميع الثمن لانه انما يكون خيانة ان لو ظهر كونه
زيادة في العقد الاول وانه لا يظهر وهذا لانه اخبر انه اشترى الكر بمائة وهو
صادق فيه وقد تعين هذا القدر مبيعا بالعقد الاول فصار كانه اشترى هذا
الطعام مجازفة بمائة درهم لتعينه بالعقد ثم نصيبه كانه يقول الاخر ابيعك
كرا منه على مائة درهم ولو كان هذا حقيقة لا يكون خيانة الا ترى انه لو اشترى
عبدا واستقصى بانه شما ويه جاز له ان يبيعه تولية ومرابحة على ما اشترى
وان لم يشتر مع هذا العيب بذلك الثمن ولو استقصى الكر شيا فهو على ما ذكرنا
ان كان نقصانا لا يجري بين الكيلين ظهر الخطا في الكيل الاول فيخير المشتري الثاني
ان شاء اخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك ويرجع المشتري الاول على
بايعه بحصته من الثمن وان كان نقصانا يجري بين الكيلين ياخذ المشتري
الثاني بحصته ولا يرجع المشتري الاول على بايعه بشي لانه لم يظهر الخطا في
الكيل الاول والمرابحة بمنزلة التولية فيما يزيد في حق الزيادة على التفصيل
الذي ذكرنا لانه بيع ما اشترى بمثل ما اشترى بزيادة شي ويحتاج الى كيل
مستقبل كما يحتاج اليه في التولية ولو كانت الزيادة قفيزا وهو ما يجري

من الكيلين حتى يسلم للمشتري الاول ويسلم الكر للمشتري الثاني فاذا اراد المشتري
الاول ان يبيع ذلك مرابحة او تولية فانه يبيعه على جزء من احد واربعين
جزءا من الثمن لان الكر اسم لاربعين قفيزا فتبين ان هذا القدر جزء من احد
واربعين جزءا من المبيع فيبيعه تولية او مرابحة بقسطه من الثمن هكذا
ذكر في الكتاب وايضا فالجواب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر قول
ابي حنيفة رحمه الله وقالوا اما على قياس قوله ينبغي ان لا يرجع القفيز مرابحة ولا
تولية لانه لما وصل اليه جميع ما اشترى كان القفيز الزايد مما حصل له والاصل
عنده انه يحط قدر الربح من الثمن في بيع التولية والمرابحة فاذا وصل اليه جميع
ما اشترى الى المبيع بسبب عقد اخر لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية اصلا
اذا اشترى شيا بعشرة ثم باعه مرابحة على خمسة ثم اشتراه بعشرة ثم اراد ان
يبيعه مرابحة يحط عنه قدر الربح من الثمن الثاني ويبيعه مرابحة على خمسة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الثاني وهو عشرة ولو اشتراه بعشرة
ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة عنده لانه لا يبقى له ثمن
وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة فكذلك هنا يجب ان يطرح من هذا البيع القفيز
الزايد فلا يبقى له ثمن لان هذا اشترى مستقبل ولا يدخل فيه ما قبله من ربح
او وضيعة الا ترى انه لو كان اصله هبة او صدقة او ميراثا او وصية
فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخر ولا يعتبر ما كان
قبله كذا هذا وهذا لان المشتري الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت
الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متغيرا فالملك الثابت به كذلك ولاختلاف
اسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان المشتري في المرة الثانية عبدا اخر
باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاسا بما لو استفاد في المرة الثانية مالا من
العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشرى فكذلك اذا استفاد
بمقابلة الشرى الثاني وابو حنيفة رحمه الله يقول ما استفاد من الربح انما يتاكد
حقه فيه بالشرى الثاني لان قبله كان حقه فيه بعرض السقوط بان يرد عليه
بعيبه والمؤكد في بعض المواضع كالموجب فكانه استفاد ذلك بالعقد الثاني

وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فانها كجزء منها لم يكن بالعقد الثاني ولان
مبنى المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض الا ترى انه لو انفق في القصارة
والفتل والخياطة يجوز ضمه الى راس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما
يوجب زيادة في الثمن فلان يضم فيما يوجب النقصان من الثمن اولى فان
قيل الى الاحتياط اقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها لا عند اختلافها
الا ترى انه لو استعار مخيطا حتى يخيطه لم يجز ضمه الى راس المال ولذلك
اذا كان العقد الاول هبة او صدقة لا يضم احدهما لان احدهما تبرع والآخر تجارة
ولان الاول كان كله ربحا فلم يطرح عن الثمن الثاني ذلك فاما اذا اخذ الكثير
يضم وينظر الى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك ما نقد وما رجع اليه ويبيعه مرابحة
على ما بقي ان شاء وقد مال كثير من اصحابنا رحمهم الله الى قولهما مثل الزعفراني
والكرخي رحمهما الله حتى قال الكرخي رحمه الله لا اعرف لقول ابي حنيفة رحمه الله
في هذه المسألة وجها صحيحا ثم في مسألتنا اذا باع الكر ووجد
المشتري به عيبا ورده عليه فانه يبيعه مرابحة وتولية على اربعين جزءا
من احد واربعين جزءا من عشرة لان حصة المردود من الثمن هذا وكذا
لو رد بخيار رؤية او شرط وان رد عليه القفيز باعه على ما ذكرنا فان خلطها انسان
الآمر فيه وباعه كله على جميع الثمن وهو بالخيار لانه لما خلط بطل الكيل الثاني
وعاد الامر الى ما كان قبل الكيل الثاني وقبل الكيل الثاني يبيع الكل مرابحة على
الثمن الاول فكذلك هاهنا وذكر هاهنا واضاف الجواب الى قولهما اما على قول
ابي حنيفة رحمه الله لا يبيع القفيز الزائد قبل الخلط مرابحة ولا تولية وبعد
الخلط جوابه كجوابهما ولو اشترى كرا من الطعام فكاله وتقابضا فاصابه
ماء من المطر فانتفخ وصار خمسين قفيزا فباعه مرابحة على انه كر ولم يبين
جاز البيع وللمشتري منه اربعون قفيزا لا خيار له فيه ان كان يعلم بعينه ويسلم
العشرة الاقفزة للمشتري ويبيعه مرابحة وتولية على خمس الثمن اما جواز
البيع مرابحة من غير بيان لان الطعام لم يتعيب بفعل المشتري ولا وصل اليه
بدل عن العيب فصار كمن اشترى عبدا فمرض او اعور كان له ان يبيعه مرابحة

من غير بيان عندنا على جميع الثمن وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك ما لم يبين لان
المشتري علم انه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم ربحا على ذلك
ما لم يبين وان العيب آفة سماوية ويصنع من العباد فيه سواء ولنا ان
المشتري غير جان في شيء من المعقود عليه فكان له ان يبيعه مرابحة كما لو
تغير السعر وهذا لان الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من الثمن
ارايت لو اصفر الثوب او توسخ او انكسر اكان ذلك يمنعه من البيع مرابحة
بخلاف ما اذا كان بفعل الاجنبي لانه صار مقصودا بالاتلاف ووصل اليه بدله فصار كحبس
البعض وبخلاف ما اذا كان بعض العيب شيئا يسيرا فان بعضه قدر ما لا يتغابن
الناس فيه لم يبعه مرابحة ثم قال في مسألتنا اربعين قفيزا لان المشروط هذا
القدر واستحقاق المشتري لا يتجاوز المشروط واما الاختيار له ان كان يعلم بعينه
يريد به وقت البيع لانه رضي به وان لم يعلم فله الخيار ان شاء فسخ وان
شاء اخذ بجميع الثمن واما تسليم الزيادة للمشتري الاول والطيب له فلانها
خارجة عن الكر وانها حصلت بعد تعين ملكه فصارت كالولد واما بيعه
مرابحة او تولية على خمس الثمن فلانه تبين ان هذا الثاني خمس الطعام الذي
اشترى فيكون خمسها خمس الثمن ولهذا الزيادة رزق ساقها الله تعالى
اليه وهو ادى الامانة على وجهها ولا يكره له ذلك وهذا قياس قولهما
فاما على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لا يبيع العشرة الاقفزة مرابحة
ولا تولية ولو كان رطبا فيبس فصار انقص مما كان عليه فباعه مرابحة
او تولية على انه كر فاذا هو انقص ياخذ بحصته من الثمن ويخير لانه
رغب فيه على انه كر وقد وجده اقل ولو اشترى كرا او كاله او قبضه وباعه
مرابحة او تولية فلم يقبضه المشتري ولم يكله حتى اصابه ماء فزاد
عشرة اقفزة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ منه قفيزا بما سمى وان شاء ترك
لانه تعيب في ضمان البائع وانما ياخذ اربعين بالثمن لان الزيادة حصلت
قبل تعين ملكه بالكيل على ما مر وله ان يبيع العشرة الاقفزة الباقية مرابحة
او تولية على خمس الثمن على قياس قولهما وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه

الله لا تنبعه مرابحة ولا تولية على ما ذكرنا ولو كان البايع الاول كال
الطعام بحضرة المشتري فلم يقبضه حتى اصابه قضار خمسين قفيزا فالمشتري
بالخيار ان شا اخذ الكل بجميع الثمن وان شا ترك لان الكيل بحضرته تعين
المبيع وصار كان البيع وقع عليه مجازفة وانما يخير لحصول التعيب في ضمان
البايع لان الكيل لتقدير المبيع لا للتسليم وكذا لو كاله وهو رطب فوجد
اربعين قفيزا اما فلم يقبضه حتى يبس فنقص خمسة اقفزة فللمشتري ان
ياخذ بجميع الثمن ولا يطرح عنه شي من الثمن لما قلنا انه تعين ما عقد عليه
بالكيل فكان النقصان داخلا في ما عقد عليه الا انه لا خيار له هنا لان اليبوسة
ليست بعيب في الطعام ولو كان زاد قفيزا منه ولم يقبضه حتى
اصاب الطعام كله ما فزاد فليس الاخر الا قفيزا منه بكيل مستقبل
وله الخيار لان البيع طعام يصير عنده فيخص العقد للزيادة
والنقصان وقت القبض واما الخيار فلتغير المبيع قبل القبض وكذا
لو استقصر بالسوسة فالمشتري يعتبر تمام بكيل في المستقبل ولا خيار
له لما ذكرنا وان لم يصب المال الا المعزول اصدر من البايع قفيزا
او لا خيار له لان البايع قادر على انفاذ ما شرط لعدم تعين المعزول
للبيع ولهذا الوجه لا يبطل البيع ولو اشترى طعاما على
انه كر وكاله ونقد نصا ثم تقايلا وكان البايع قد وصل ينقص
قفيزا او يزيد قفيزا اذ لهما يجري بين الكيلين فهو للبايع بزيادته
ونقصانه فرق بين الاقالة والتولية في فصلين احدهما ان
في التولية ما حدث من النقصان او الزيادة قبل الكيل كان لصاحب
الطعام وهو البايع وعليه وهنا الكل لصاحب الطعام وعليه
وهو المشتري والثاني وهو ان التولية شرط كيلا مستقبلا وفي
الاقالة لم يشترط والاقالة تصرف حدث مبني على البيع الاول فاعتبار
مثل الثمن الاول كالتولية والفرق وهو ان التولية بيع جديد
في حق الناس كافة وفي حق الاحكام اجمع فيجب مراعاة الكيل فيها

كما

كما في البيع الاول فوجب كيلا مستقبلا ومتى وجب كيلا مستقبلا كانت العبرة
للزيادة والنقصان يوم الزيادة لما قلنا من قبل فاما الاقالة فسخ فيما كان
من خالص حق العاقدين ما امكن والكيل من خالص حق المتعاقدين حكما لما قلنا
في اصل الباب والقبض حقيقة في غير مال الصرف خالص حقهما فكذلك القبض حكما
ولهذا لو باع البايع المبيع المنقول من المشتري بعد الاقالة قبل القبض يجوز ولو
كان هذا بيعا جديدا لا يجوز الا ترى ان هلاك احد العوضين لا يمنع الاقالة
ولا يبطلها ويمنع البيع ويبطله واذا كانت الاقالة فسخا في حق الكيل لا يجب
مراعاة الكيل فيها لان الكيل انما يراعى فيما يملكه المشتري ملكا جديدا الا
فيما يملكه ملكا قديما واذا لم يعتبر الكيل لم يعتبر الزيادة والنقصان
ولهذا لانها فسخ فيما تعين في العقد الاول فيعود حكم العقد الاول
وان كان الكيل شرطا في العقد الاول لكنه قد استوفى في ذلك الشرط فجاز
ان يسلم للبايع شيئا كان زيدا وانقص في الكيل الثاني بعد ان علم ان
ذلك حادث لتفاوت من قبل الكيل وصار كانه اشتراه مجازفة ونقص
ثم تقايلا وهذا على اصل زفر رحمه الله ظاهر لان الاقالة عنده فسخ من كل وجه
حتى قال اذا تقايلا الصرف امر مؤكد لانه لا يكون الا مقبوضا وهو حق
الشرع وقد يجوز البيع بغير حقهما وهو حقهما فان قيل والاقالة بيع جديد
في حق الاجل وان كان الاجل خالص حقهما فان من عليه الدين المؤجل اذا
باع العبد من صاحب الدين بالدين وقبضه المشتري ثم تقايلا البيع لا يعود
الاجل كما لو اشترى العبد منه ولو كانت الاقالة فسخا لعاد الاجل كما
لو رد العبد بسبب العيب نقضا قاصرا وبخيار الرؤية كما ذكرنا
في الشهادات قلنا الاقالة عقد جديد في حق الثالث فوجب ان يجعل في
حق اشتراط الكيل كذلك لان التصرف قبل الكيل حرام بحق الشرع لا الاطراف
في الصرف قبل له حق الاجل لا يمكن ان يجعل فسخا لان الاجل كان حقهما
فليس من حقوق العقد الذي ورد عليه الاقالة عندها حق عقد اخر ليس
من حقوق هذا العقد والاقالة فسخ في حق الكل في حقهما وفي حق الثالث

فكذا في حق العقد الآخر وانما يجعل عقداً جديداً في حق الجل من الشروط اللازمة للعقد ولهذا ليس للعاقد لعقد البيع فيما ورد عليه البيع بشرط التقدير ولهذا لفقد شرط التقدير نصاً وانما يقع على ما تعين في البيع ويكون مبيعاً في الفسخ ضرورة وصار كالرد بخيار الرؤية والعيب والشرط ولو اصابه ما في يد المشتري فازداد وكان رطباً فيبس في يده واستقص سوما ذلك ولا يحط عنه بسبب النقصان شيء لما قلنا ان الحل لا يعتبر في الاقالة فلا تعتبر الزيادة والنقصان وان كان المال قبضه ولم يعلم البائع بذلك وقت الاقالة فهو بالخيار ان شاء امضى الاقالة ورد جميع الثمن وان شاء فسخ وعاد البيع الاول لانه تغير المعقود عليه واختار رضاه لانه انما رضي بعود المبيع اليه غير معيب ولو كان المشتري بعد الاقالة عند البائع في ابتداء العقد وكذا لو رد على البائع بعيب او بغير قضاء اما لو رد بقضاء فهو فسخ في حق الكل واما بغير قضاء فهو فسخ في حقهما ما امكن فكان كالاقالة

باب البيع في الزيادة بالولد وغيره وما يقسم عليه الثمن

اصل الباب ان الولد الحادث من المبيع مبيع لانه من اجزاء المبيع فهو صفة بوصف المبيع الا انه لا يأخذ قسطاً من الثمن قبل ان يرد عليه القبض لانه تبع للمبيع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا عند صيرورتها اصلاً وانما يصير اصلاً عند ورود القبض عليه ويقسم الثمن على الام والولد تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة واذا قسم الثمن عليهما فتسمى بوصف السلامة لان السلامة مطلوبة عرفاً ولان العقد يقتضي السلامة وقد صار معقوداً عليه الا اذا علم انه لا يطلب السلامة حينئذ يقسم الثمن على قدرهما والولد الحاصل بعد القبض لا حصة له من الثمن ولا يرد بالعيب وان كان عيباً يعلم انه كان عند البائع بان ولدت ولداً في يد المشتري لا قل من ستة اشهر وبه اصبع زائدة ولا يرجع بنقصان عيبه ايضاً ويمنع رد الام بالعيب ولا يمنع الرجوع بنقصان عيب الام ويرجع المشتري بنقصان العيب من جميع الثمن والمشتري متى قبض الجارية بغير

اذن

اذن البائع وولدت في يده ولداً فهذا الولد حكم الولد الحادث قبل القبض ان نقض البائع قبضه واسترده لحبسه لاستيفاء الثمن وحكم الولد الحادث بعد القبض ان نقد المشتري الثمن حتى نفذ القبض او اجاز البائع القبض لان قبضه موقوف بين ان ينفذ فاذا انتقض ينتقض من الاصل ويصير كان لم يكن واذا انعقد من الاصل وصار كانه قبض باذن البائع كالعقد الموقوف اذا اجاز المالك او نقض والبيع بشرط الخيار واذا استرد البائع واستقض قبضه يضمن نقصان الولادة اذا لم يكن الولد وفاء وان كان به وفاء لا يضمن وان كان به وفاء ببعض النقصان يضمن ما زاد على الوفاء لان المشتري ابطل يداً مستحقة للبائع وابطال يد مستحقة بغير حق موجب للضمان كابطال يد المرتهن وابطال يد المالك والعين متى دخل في ضمانه سقط الضمان بفوات الجزء ولا الى خلف وحرف اخر ان حق ثبت في الاصل يسري الى الولد ويحدث الولد على صفة الاصل لانه بعضه فيكون على صفته الا ترى ان ولد الحرة حر وولد المكاتبة مكاتب وولد الامة رقيق فيوجب حق الحبس للمرتهن اذا كان الولد محلاً له والضمان الولد الاصل لانه الضمان الذي في ذمته وليس بصفة للمضمون فلا يسري اليه كما لا يسري الجناية الا ترى ان ولد المغصوبة امانة وهو ملك المالك كالاصل كما ذكرنا الفرق بينه وبين صيد الحرم وحق البائع في الحبس حق مثله لا يتمكن المشتري من ابطاله ويورث عنه فيسري الى الولد كحق المرتهن في المرهون وحرف اخر ان الاجزاء والاوصاف لا تضمن بالعقد لانه انما يضمن بالشرط والشرط لا يتعرض لها وكذا العقد ويضمن بالقبض ولكن انما يضمن بالقبض لانه انما الذي هو ملحق بالفعل او الغصب وانما يكون ملحقاً بالغصب ان لو كان المالك فاسداً او مستحق النقض ولا يضمن في الملك الصحيح لسقوط وصف التعدي في القبض فيه اذا عرفنا هذا

محمد رحمه الله رجل اشترى جارية قيمتها الف بالف حالة وقبضها المشتري قبل نقد الثمن بغير امر البائع فولدت ولداً يساوي مائة ثم لم تنقص قيمته الفا ثم حضر البائع واراد ان يسترد ها حتى يعطيه المشتري الثمن له ذلك واصله ان المشتري لا يملك

قبض المبيع قبل نقد الثمن اذا كان حالا او نقودا من عندنا وبقولنا قال الشافعي
رحمه الله وقال في قول على البائع تسليم المبيع اولا لان ملك المشتري يتعين بالعقد
في العين وملك البائع دين في ذمة المشتري والملك في العين اقوى فوجب التسليم
بحكم الملك وفي قول اخر قال يسلم كل واحد منهما معا ونحن نقول لان قضية المعاوضة
التسوية بينهما في ان يكون الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر وكذلك القبض كما
في بيع المقايضة لكنا نقول قضية المعاوضة التسوية وقد تعين حق البائع حق
المشتري ان تعين حق البائع في الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فوجب عليه
تسليم الثمن ليصير عينا بعين تحقيقا للمعادلة التي تقتضيها المعاوضة بخلاف
بيع المقايضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وبهذا هو الجواب عن قوله ان ملك
المشتري اقوى قلنا انما توجب عليه تسليم الثمن اولا لهذا المعنى وهو انه لما تعين
ملكه في المبيع فعليه ان يسوي جانب البائع في الثمن بجانب نفسه ولا يكون
ذلك الا بالتسليم وكذا لو نقد الثمن الا درهما لان حق البائع في الحبس يتعلق
بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط الا ان يكون
الثمن مؤجلا فحينئذ ليس له حبسه قبل حلول الاجل ولا بعده لان قبله ليس له
حق المطالبة وانما يحبس المبيع ما له ان يطالبه به من الثمن واما بعده فلان
حق الحبس لم يثبت له باصل العقد ولا يثبت بعد ذلك لانه يبقى من الحق
ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يثبت ذلك بعد العقد لا يثبت
ابتداء بحلول الاجل فاذا كان له حق الحبس وقد قبضها المشتري بغير اذنه
فقد فوت حق الحبس عليه فكان له ان يستردها اعادة لحقه وله ان يسترد
الولد ايضا لما ذكرنا ان حق الحبس حق بسبب الملك وله تعلق بالمحل فيسري
الى الولد [illegible] لان المشتري صار بمنزلة الغاصب بابطال يد مستحقه
وللمغصوب منه ان يأخذ الجارية والولد فكذلك هذا فان لم ياخذها البائع حتى
نقد المشتري الثمن فقد سلم القبض له لانه لو اخذها يجب عليه الرد ايضا
وهذا لا يفيد ولا يجوز الاشتغال به ولان حق الاسترداد للبائع ما كان
لعينه بل ليتعين المشتري حقه في الثمن بمنزلة لا يبقى له على المبيع سبيل فان

وجد المشتري بالجارية عيبا لم يردها ورجع بالنقصان على البائع من جميع
الثمن وليس للبائع ان يقول ردها علي ولا ادفع النقصان ولا ان يقول
ادفع النقصان من حصة الام من الثمن اما الثاني فللمشتري ان لا يردها لانه لما نقد
قبض المشتري من الاصل كان هذا ولدا حادثا بعد القبض فيمنع الرد
بالعيب كما ذكرنا في الابواب المتقدمة واما الرجوع بالنقصان فلان
امتناع الرد ما كان من جهة المشتري وانما كان حقا للشرع لاجل الربوا
على ما ذكرنا فلا يمنع الرجوع بالنقصان كما في صبغ الثوب وخياطته
واما الرجوع بالنقصان من جميع الثمن لان الحاصل بعد القبض لا حصة
له من الثمن فيكون جميع الثمن بازاء الام فصار كانه امتنع الرد حقا
للشرع لا بسبب الولد هذا اذا وجد بالام عيبا ولو وجد بالولد عيبا كان
عند البائع لا يرد شيئا من النقصان لانه لا حصة له من الثمن ولا يستفيد
بالرد شيئا الا ترى ان البائع لو ابرأ المشتري عن الثمن ثم وجد بالمبيع عيبا لا
يرد لعدم الفائدة كذلك ههنا ولو لم ينقد الثمن حتى استردها البائع وقيمة
كل واحد منهما الف ثم نقد المشتري الثمن وقبضها وقيمة الولد الفان وقيمة الام
الف ثم وجد بالام عيبا ردها بثلث الثمن وان وجد بالولد عيبا رده بثلثي
الثمن لان قبض المشتري انتقض من الاصل وصار كان لم يكن فهذا ولد حادث
قبل القبض والولد الحادث قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب لورود القبض
عليه فصار كان العقد ورد عليه ولهذا صار له قسط من الثمن الا ان المعتبر
في الانقسام قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم
العقد نصف قيمة الولد يوم القبض فينقسم اثلاثا وانما يعتبر القبض
بعد نقد الثمن لانتقاض الاول ولانه القبض المستحق بحكم العقد ولو
وجدتها عيبا ردها بجميع الثمن وليس للبائع ان يحبس شيئا من الثمن لاجل
نقصان الولادة لان الجابر الولد وانما استردها لاستيفاء الثمن فنقض
قبضه فصار كان الولد والنقصان حصلا في يده ولو ماتت الام في يد البائع
بعد ما اخذها من المشتري اخذ الولد بحصته من الثمن لانه كان قبل القبض

جميع ما هو المقصود بالعقد ولو مات المقبوض كان له الخيار لتفرق الصفقة عليه
قبل التمام فهذا اولى وانما ياخذ الولد بحصته من الثمن لان الولد اخذ قسطا
قبل القبض اذ يبقى الى وقت القبض صار معقودا واخذ بحصته من الثمن
وان اختار الترك لم يكن عليه من الثمن قليل ولا كثير ولا من نقصان الولادة ايضا
الثمن لان كله قبل قبض الولد بازاء الام فاذا ماتت سقط جميع الثمن كما لو
لم تلد واما نقصان الولادة ولانه لم يجبر بالولد حتى قبض الام مع الولد به وبه
وفا نقصان لانه قبض الام سليمة ثم هلكت في يده اولا لان قبض المشتري استقص
من الاصل صار كان لم يكن وان الولد حصل في يد البائع ومات الام في يده
وان كان المبيع هو اخذ الام بجميع الثمن ان شاء وانما يجبر بسبب نقصان
الولادة لان النقصان وان حدث في يد المشتري فقد انجبر بالولد فصار رد
الام على البائع سليمة عن العيب فاذا مات الولد في يد البائع الان ظهر
النقصان لفوات الجابر فصار كما لو وقف عيبها في يد المشتري
فاختار ردها فاخذها البائع لاستيفاء الثمن وهلك الاثر في يده يخير المشتري
لظهور النقصان فاذا ظهر اختار الاخذ اخذ جميع الثمن كله قبل قبض الولد
بازاء الام ولان استرداده استقصى قبضه وصار كان لم يكن وجعل كانها ولدت
في يد البائع حقيقة ومات الولد فان الاخذ يخير المشتري من اخذ الام بجميع الثمن
وفي الترك لذلك فان قال لا شي عليه من نقصان الولادة لانجباره بالولد لما قلنا
ولذي لو اختار اخذ الام فماتت قبل الاخذ يسقط جميع الثمن ولو كان نقصان
الولادة مائة درهم وقيمة الولد خمسون درهما واخذها البائع ومات في يده
فان شاء المشتري اخذ الام بجميع الثمن وان شاء ترك لان قيمة الولد اذا كان
خمسين ونقصان الولادة مائة فقد استرد البائع الجارية والولد لا يفي
النقصان فتاكد ذلك على المشتري فاذا مات الولد في يد البائع ظهر انه
ما يجد شي من النقصان او هلك الجابر في يد البائع كما لو استردها بعد ما
اطلع على العيب فهلك نصفه في يد البائع يخير المشتري لظهور النقصان في يد
البائع فكان ما ظهر من النقصان عيبا حادثا في يد البائع فكان للمشتري الخيار

كما لو تعيب في يده بعيب اخر فان اختار الاخذ اخذها بجميع الثمن لما قلنا وان
اختار تركها فعليه نصف عشر الثمن لان المشتري حبس من الجارية قدر خمسين
درهما فتاكد عليه من ذلك وذلك قدر خمسين درهما فاجعل كل خمسين درهما سهما
فصار جميع الام وقيمته الف على عشرين سهما كل سهم خمسون والثمن كذلك وقدر
المشتري من الجارية تسعة اعشارها ونصف عشرها وحبس نصف عشرها فكان
على حصة المحبوس من الثمن وان كانت الام هي المبيعة يجبر المشتري لما قلنا
وان اختار الاخذ اخذ وادى جزءا من احد وعشرين جزءا من الثمن لانه لما
بقي الولد الى وقت القبض واختار المشتري اخذ انقسم الثمن على قيمة الام يوم
العقد وهي الف وعلى قيمة الولد القبض وهي خمسون فانقسم الثمن على احد
وعشرين جزءا عشرون بازاء الام وقد سقط ذلك بهلاكها كما يجيء في مسائله
جزء من احد وعشرين جزءا من الثمن وقد تاكد عليه نقصان الولادة جزء
من احد وعشرين جزءا فكان جملة ما عليه جزء من احد وعشرين جزءا من
الثمن ويسقط عنه تسعة عشر جزءا من احد وعشرين جزءا وان اختار
الترك ادى جزءا واحدا من احد وعشرين جزءا وهو حصة النقصان فان
قيل اذا لم يقبض الولد وجب ان لا ينقسم الثمن على الام والولد فيكون الثمن
كله بازاء الام لان الولد انما اخذ قسطا من الثمن على اعتبار القبض الذي
له شبه العقد ولم يوجد فيكون حصة النقصان جزءا من عشرين جزءا
من الثمن قيل له نعم لما ترك الولد فقد جعله اصلا في الفسخ ولن يكون
اصلا في الفسخ الا وان يصير اصلا في العقد فصار اصلا في العقد فانقسم
الثمن لكن يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفسخ فصار حصة
النقصان جزء من احد وعشرين جزءا وهذا كما قلنا في ولد المرهونة
انه تعتبر قيمته يوم الوطء لانه لم يرد عليه العقد ولا ماله شبه بالعقد الا
انه لما بقي الى وقت الفكاك صار معقودا بالعقد ضرورة وقيل
ادل المسالة ان البيع احضر ولدا وسلمه ثم اطلع المشتري على عيب به
ورده ولفظه ابن محمد رحمه الله يدل على هذا وكونهما جميعا في يد البائع

فعلى المشتري نصف عشر الثمن وذلك خمسون درهما لانه لما مات الولد تبين
ان الثمن كله بازاء الام وان الولد كان لم يكن فبطل اعتبار القسمة وانما تعتبر قدر
النقصان وهو نصف عشرها فيجب عليه نصف قيمة النقصان وهو خمسون درهما
وذلك نصف عشر الثمن ولو لم يمت واحد منهما وقبضهما المشتري ثم وجد باحدهما
عيبا له ان يرده بحصته من الثمن لانه بمنزلة الولد الحاصل قبل القبض حتى لو وجد
بالولد عيبا رده بجزء من احد وعشرين جزءا لان حصة الولد بهذا القدر وان
وجد بالام عيبا ردها بتسعة عشر جزءا من احد وعشرين جزءا من الثمن
لان حصة الام من الثمن كان جزءا من احد وعشرين الا انه احتبس عند
المشتري من الام جزء من احد وعشرين جزءا وان وجد بهما عيبا ردهما
بعشرين جزءا لان حصتهما من الثمن ذلك ولو لم ينقد المشتري الثمن ولم يقبضهما
حتى صارت قيمة الولد خمسمائة درهم في يد البائع ثم نقد المشتري الثمن
وقبضهما ثم وجد بالام عيبا ردها بتسعة عشر سهما من ثلثين سهما من الثمن
لانه لما قبضهما والمعتبر في الانقسام قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد
يوم القبض وقيمة الام يوم الف وقيمة الولد يوم القبض خمسمائة فيقسم
الثمن عليهما اثلاثا الا ان بقدر خمسين درهما احتبس عند المشتري لانه
لم يرد عينه ولا بدله على البائع لان قيمة الولد في حق الاعتبار انما تعتبر
يوم تقبضه البائع من المشتري لان بقبض البائع يدخل الولد في ضمانه
حتى لو هلك بعد ذلك في يد البائع يهلك مضمونا بالنقصان واذا اعتبر
قيمة الولد للاعتبار يوم القبض لا تعتبر الاعتبار بعد ذلك من زيادة حدثت
في يد البائع لان المعنى في الاعتبار البراءة عن الضمان وانما تستفيم البراءة فيما
تناوله فعل الرد وذلك في التام وقت الرد لان الحادث بعد الاشترى ان في
الغصب اذا رد الجارية مع الولد ليس الولد وفاء بالنقصان يعتبر قدر ما لم
يجبر بالولد وان ازدادت قيمته في يد المالك او يجبر به النقصان كذلك
لهذا جعل ذلك النقصان الذي كان منهما وصارت الام وقيمتها الف عشرين
سهما والولد وقيمته خمسمائة عشرة اسهم فصار الكل على ثلثين سهما عشرون

بازاء الام وعشرة بازاء الولد فاذا وجد بالام عيبا ردها بتسعة عشر جزءا من
الثمن لانه كان بازاءه عشرون من ثلثين الا انه احتبس عند المشتري قدر جزء و
فاتى بثمن ذلك الجزء عليه وثمن الولد فانا ذكر عليه احد عشر جزءا من ثلثين جزءا
جزء بازاء النقصان وعشرة بازاء الولد لان الام وان كانت قيمتها تسعة
منها في الحكم فانما تسعمائة وخمسون لان قدر خمسين احتبس الولد فوق
بين هذا وبينما اذا انتقص عينها في يد المشتري او سقط سنها بعدما قبضها
المشتري ثم استردها البائع فاعطى البائع ضرا او ثبتت سنها في يده فان
المشتري برئ عن الضمان واكثر النقصان وان حدثت الزيادة في يد البائع
والفرق ان ههنا ان سبب الضمان هو النقصان لان سبب النقصان العمى
والانجلاء ثبت انه كان عطاء وسبب الضمان في السن قلع السن المنبت والساقط
يعني انه لم ينبت فزال سبب الضمان ولهذا لو رد على المالك مع هذا العيب
وضمن النقصان ثم زال في يده فانه يرجع على المالك بما ادى اليه من
الضمان لانه تبين انه لم يكن واجبا اما ههنا النقصان مستحق فلو امتنع حكمه
انما يمتنع بقيام خلفه مقامه والخلف انما يعتبر خلفا قائما مقام الاصل وقت
الرد الى البائع لان الحاجة الى الخلف يتحقق عند الرد حتى يخرج عن عهدة
الواجب فيعتبر يوم الرد لا بعده ولهذا نظيره في باب الغصب ولو وجد
بالولد عيبا رده بثلث الثمن وهو عشرة اجزاء من ثلثين جزءا لان حصته
من الثمن بهذا القدر قال محمد رحمه الله ولو احدث العيب بالولد
في يد البائع او في يد المشتري فرق بين الولد وبين الام اذا احدث بها عيب
في يد المشتري حيث لا يرد بالعيب والفرق ان العيب اذا حدث في يد المشتري
في الام انما امتنع الرد لانه لا يفيد لانه لو رد كان للبائع ان يرد عليه
لانه لو حدث في ضمان المشتري لان الام مضمونة عليه فما حدث من العيب
فيه كان مضمونا عليه اما في الولد الرد مفيد لانه لو رد لم يكن للبائع
ان يرد عليه لان الولد كان امانة في يد المشتري لانه لم يصر مضمونا بالقبض
بعدما اذن البائع الا ترى ان ولد المغصوبة امانة في يد الغاصب فههنا

اولى اذا لم يكن مضمونا عليه كان بمنزلة وديعة حدث بها العيب في يد المودع
ثم ابتة دهها المالك ولا يعلم بالعيب ثم علم فلو رد على البائع لا يكون للبائع
ان يرد عليه فكان الرد معتبرا ولو وجدها عيبا ردها بتسعة وعشرين جزءا
من ثلثين لان ما يقابلها من الثمن ذلك لما ذكرنا وما ذكرنا من اجبار نقصان
الولادة بالولد قول علمائنا الثلثة رحمهم الله وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يجبر
النقصان بالولد واصله المغصوبة اذا ولدت في يد الغاصب واستغرقت الولادة
الولد وفا بالنقصان يرد الام والولد ولا شيء عليه من النقصان عندنا وعندهما
يضمن قدر النقصان اما على اصل الشافعي رحمه الله فلان عنده زوائد الغصب
تضمونه فاذا كان يضمنه لا يمكن ان يجعل خلفا عن نقصان الاصل لانهما
مشغولتان بنفسيهما فلا يقوم مقام الاصل اما عند زفر [illegible] فانه
فلا يمكن ان يجعل خلفا عن نقصان الاصل وعلى سبيل الانتداء الا وجوب
ضمان الاصل قد تحقق بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء
والابراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وبرد الولد لا يكون
مؤديا للضمان لان الولد ملكه واداء الضمان يكون بملك غيره لان الضمان لو كان
عليه وملكه لا يكون جابرا للملك ولا يجوز ان يكون الولد قائما مقام
الجزء الفائت بالولادة لان الولد امانة في يده والفائت مضمون عليه فكيف
يكون الامانة خلفا عن المضمون الا ترى انه لو دخلها عيب اخر من سبب
ومن قيمة الولد وفا بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان
وكذا لو هلكت بالولادة والجبر النقصان بحدوث الزيادة في يد المالك
ولو صلح هذا جابرا لا يتفاوت بين الحدوث في يد الغاصب او المالك
كما في الثمن لهذا الواضح ظبية من الحرم ولدت في يده وفي الولد وفا
بالنقصان فردها الى الحرم يجب عليه ضمان نقصان الولادة ويشبه
لهذا من قطع قوائم شجر انسان ثم نبت مكانها اخرى او حصد بقلا
او رطبة ثم نبت مكانها لان النابت ملك المضمون له بلا عوض ولو قطعت
يدها فاخذها الغاصب الارش ثم ردها مع الارش لان الارش ما تولد

من ملك المضمون فلا يمكن ان يجعل مؤديا للضمان بخلاف ما لو قلع سنها فنبتت مكانها
اخرى او ضربت فهزلت ثم سمنت لانه انعدم سبب الضمان بارتفاع النقصان من الاصل
الا ان يكون مؤديا للضمان وقد بينا انه انعدم سبب الضمان لان السبب افساد المنبت
لا مجرد القلع وقد تبين انه ما افسد المنبت ولهذا لو كان سن البالغ بعد الرد لم يجب
على الغاصب شيء وهنا السبب هو النقصان وانه متقرر والولد لا يصلح ان يكون
قائما مقام ذلك النقصان الا ترى ان الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم ينجبر به فكذا
قبله وحجتنا في ذلك انه انعدم سبب الضمان حكما والثابت حكما كالثابت
حسا او اقوى منه وبيانه ان الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد
السبب وهو ان الولادة اوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لانه وان
كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا لكان عينا في الام او كان وصفا لها
فانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال الا ترى انه لا يقبل التصرفات المختصة
بالمالية كالبيع والهبة فكانت الولادة بمنزلة تخليل الخمر او دبغ جلد الميتة لا يحصل
صفة المالية وان كان موجودا قبله لا يلزم على ما ذكرنا الاعتاق ووجوب الغرة
والوصية به فانه يجوز هذه التصرفات مع اختصاصها بالمالية لانا نقول الاعتاق
يعتمد الرق لا المالية والجنين مرقوق والوصية بما ليس بمال جائزة اذا كان بعرضية
ان يصير مالا كما اذا اوصى بثمر نخله ولا ثمر عليها او اوصى بثمر بستانه
ابدا او اوصى بما لم يحدث ووجوب الغرة عرف نصا بخلاف القياس
على ان ذلك ضمان جناية لا ضمان مال بدليل وجوبها في الحر على ان هذه الاحكام
انما تثبت بعد الانفصال وبعد الانفصال هو مال واذا ثبت اتحاد السبب
فنقول السبب الواحد متى اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا
عن النقصان لان حدوثه متعلق بزوال الاول كالبيع لما ازال المبيع عن ملك
البائع وادخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب
حتى لو شهد شاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا ولهذا
الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان
اذا رد ذلك الجزء بعينه بان غصب بقرة فقطع جزءا منها ثم رد ذلك

الجزء مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه
عند فواته والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك جعل خلفا عن
الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة اكثر من تأثير
المحل فلان يجعل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب
الضمان فهذا اولى وبهذا ظهر الجواب عن كلامه فانا لا نجعل الغاصب موديا للضمان
برد الولد لكن يبرا بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك
المغصوب منه فيكون المردود حكمه تقرر هذا المعنى فان قيل كيف يستقيم
هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان فلو صح ما ذكرتم ينبغي
ان لا يبقى ملكا له كما في انجلاء البياض ونبات السن قلنا لانه في الملك خلف
وانما كان مملوكا له فكونه متولدا عن ملكه وانه باق وانما كان خلفا في حكم الاخبار
فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف
عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا لمن يكون
خلفا في حكم الطهارة وهذا لانا جعلنا الولد خلفا عن الجزء الفائت في حق الرد
الخلف يكون على ملك المالك لا على ملك الاصل وهذا كان الخليفة في الرد يكون
الغاصب رادا المغصوب الى المالك وهذا انما يكون على ملك المالك في السن
والسمن واذا ثبت هذا فنقول اذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة
فلذلك اذا صار فيه وفاء بعد الولادة قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب
لما انعقد فيه بعد انعقاد السبب لتحقق الوجود وقت السبب كالزائد في المبيع
بعد البيع قبل القبض ملحق بالموجود وقت العقد لكن هذه الخلافة في حكم الاخبار
ليكون ذلك الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل
كالموجود عند السبب كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن وهذا
لان الخلف باعتبار ضمان الغصب والتسليم ينتقض ضمان الغصب على انه
يجوز انه يجبر النقصان بالزيادة الحاصلة في يد الغاصب ولا تجبر الزيادة الحاصلة
في يد المالك كالسمن اما في السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث
خلف عن الفائت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم انتفاء النقص

وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله اما هنا ان انعدام سبب الضمان باعتبار
الخلف لا ينعدم من حيث المعنى لبقاء النقصان حقيقة لكن بقاء النقصان حقيقة
لا يوجب الضمان اذا وجد الجابر حكما لو صح ان هناك لا يشترط لايجاب
الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فلذلك لا يشترط لانعدام السبب
بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع القوائم الزيادة حدثت في يد المالك
ولا يمكن ان يجعل خلفا عن الغائب لان الشجر بمنزلة الحفار وهذا يشبه الشفعة
فلا يتصور تفويت يد المالك وكانت الشجرة باقية في يده فحصلت الزيادة في يده
فلا يمكن جعله خلفا لان الخلف ما يكون في يد الغاصب ليصير برده رد الفائت
معنى ولان الواجب ضمان عين مال ذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك
لا ينعدم بنبات مثله حتى لو رد المقطوع او المحصود ونبت مكانه اخر لا يضمن
شيئا فالضمان وجب بالاستهلاك والنمو والزيادة حدثت بالنبات لا بالسبب
الذي اخذه في المقطوع ثم النماء ليس بسبب القطع بل بقوة الشجر الجرع
الناصبة والاخبار بحكم اتحاد السبب واما اذا ماتت الام وبالولد وفاء فعند
ابي حنيفة رحمه الله فيه ثلاث روايات وقد ذكرنا في الذكرى وهذا لان الام اصل
والولد تابع فلا يجبر الاصل بالتابع ويجبر النقصان بالتابع كما في سجدتي السهو
فانه يجبر النقصان به ولو فسدت الصلاة لا يجبر الاصل به اما ولد ظبية
الحرم فلان الولد ثمة مضمون فيكون مشغولا بضمان نفسه فلا يمكن ان يجعل
خلفا اما هنا الولد امانة فامكن ان يجعل خلفا ودليل كون الولد امانة في الغصب
مضمونا ثم ما ذكرنا في المناسك ولان ولد الصيد لا يصلح ان يكون امانة فلا
يحدث ان يكون امانة اما ولد المغصوبة يصلح ان يكون امانة فجاز ان يحدث
امانة ولان حصولها في يده ثمة ليس بشرط الضمان بدليل انه لو باع الظبية
فولدت عند المشتري فلم يقدر عليه لا يضمن قيمة الولد ولو باع المغصوبة
فولدت عند المشتري ولم يقدر عليه لا يضمن قيمته وتبين بهذا ان الامر ثمة
حق الصيد يسري الى ولدها وفي الغصب الضمان يجب لحق المالك لا لحق المحل
لانها امانة في يده دون المالك فلا يسري الضمان اليه ولهذا قلنا ان صيد الحرم

اذا صال على انسان فعقله لا يضمن لان الحق له وقد اسقط حقه بالاتيان والحمل
اذا صال على انسان فعقله المصول عليه يضمن لان الحق لمالكه وما اذن له
فالحاصل ان الفعل انما يوقف اثره وهذا الفعل في هذا المحل اثره ان يوقع التعارض
فانعدم الضرر والنفع وقد انه لم يوجد النافع والمضر بحكم التعارض واندفع النقصان
فلم يوجد سبب الضمان ولا يجب الا ان الكلام في ان حقيقي وهو ان يحل محل الغائب
حقيقة كالسن والشعر ولا يحتاج الى اتحاد السبب فيه وحكمي وهو ان لا يحل
محل الغائب حقيقة بل يقوم مقامه معنى كما بين البدو والعين ويعتبر فيه اتحاد
السبب ليصير البدل الثاني راد الاول معنى وهنا اتحد السبب لما بينا فيصير
بدل الثاني رد الاول معنى لا يلزم على هذا اذا غصب عبدا وخصاه ونقص
الخصي قيمته ثم ازدادت قيمته بالخصي فانه لا يجعل خلفا وكذا اذا غصب عبدا
وعلمه حرفة ونقصه بسبب التعلم ثم ازدادت قيمته بالتعلم فانه لا يجعل خلفا
واذا اتحد السبب لانا نقول الخصي ليس بزيادة وليس كان فيه غير معتبر في نظر
الشرع لانها على عرف الفسقة من الجهلة والفسقة لظنهم انه يحل لهم الخلو مع
النساء والنظر اليهن وهذا الا رغب فيه العقلاء من له زيادة وموفقه احكام
الشرع واذا لم يكن معتبرا في نظر الشرع لا يمكن ان يجعل خلفا واما تعليم الحرفة
فلا نسلم انه اتحد السبب بل اختلف لان سبب النقصان مشقة التعلم وسبب
الزيادة حذاقته وذكاء فهمه واذا اختلف السبب لا يمكن ان يجعل خلفا رجل
اشترى عبدا بالف درهم حالة ولم ينقد الثمن حتى قبضه بغير امر البائع فاعوره
عبد ثم استرده البائع منه حتى يعطيه الثمن ثم وجد به المشتري عيبا
كان عند البائع يوم البيع وحدث عنده بعد البيع قبل القبض الاول او حدث
بعد الاسترداد فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء نقض البيع واعطى
البائع نصف الثمن اما الخيار فلانه وجد المشتري عيبا كان عند البائع ولم يرض
به فرق بين هذا وبينما اذا قبضه باذن البائع واعوره عنده ثم وجد به عيبا قديما
فاراد ان يرده ليس له ذلك والفرق ان العيب الحادث عند المشتري يمنع الرد
بالعيب القديم اذا لم يرض به البائع وهنا رضي دلالة لانه لما اخذه مع علمه

بالعور في يد المشتري فقد رضي بهذا العيب دلالة لانه اسقط قبضه وصار
كان لم يكن كانه اشترى عبدا اعور فحبسه بالثمن ثم وجد به عيبا وثمه لم يوجد الرضا
لا نصا ولا دلالة فان قيل انما رضي البائع بقبضه لاجل الثمن لا للرد
عليه قيل له نعم لكن لما رضي به مع علمه انه اذا هلك عنده ينفسخ البيع ويبطل
كان راضيا به دلالة فان اخذه باخذ بجميع الثمن لان الفائت وصف والاوصاف
لا حصة لها من الثمن في شيء ما فرضناه وان رده اعطى نصف الثمن لانه احتبس
عند المشتري نصف العبد لان العين من الادمي نصفه فرق بين هذا
وبينما اذا قبض العبد باذن البائع واعور عنده ثم وجد به عيبا قديما واراد
ان يرجع بنقصان العيب فقال البائع انا اخذ العبد معيبا بالعيب الحادث
عندك فيرد عليه حيث سقط جميع الثمن وهنا سقط نصفه والفرق
ان المشتري متى قبض العبد باذن البائع فالعبد انما يدخل في ضمانه بالعقد فلا يبقى
على المشتري بسبب العور شيء من الثمن فالعور الحادث في ضمان البائع فالعبد
صار مضمونا عليه بالقبض والاوصاف بعود القبض الموجب للضمان اذ القبض
الموجب للضمان قبض يعوالامان ولا الاوصاف بفرد بالاتلاف فيعود هذا النصف
فيفرد بضمان في هذا لان العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن الا ترى انه
لو اشترى عبدا فوجد به عيبا قبل القبض فصالحه من العيب على جارية كانت
الجارية زيادة في اصل البيع ولم يكن عوضا عن العيب حتى كان الثمن منقسما
على الجارية والعبد على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته
من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الجارية عوضا عن العيب حتى لو وجد
بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن وكذا الوكيل بالشراء عيبا قبل القبض
وابرأ البائع عن العيب جاز ابراؤه ولزم الامر ولو وجدها عيبا بعد القبض
ورضي به لزمه دون الامر لان قبل القبض لم يجب العيب حصة من الثمن وبعد
القبض وجبت حصة المبيع على البائع واسقاطه في حق الموكل لا يصح والمعنى
فيه ان قبل القبض لم يرد عليه العقد ولا ما هو شبيه بالعقد اما بعد القبض
ورد عليه ما هو شبيه بالعقد وهو المبيع فان البائع يصير ما نعا وصف السلامة

والمبيع شيء الضمان كمنع ولد المغصوبة والثوب الذي هبت به الريح والقته
في حجر كان فيه لو صار مضمونا على المشتري بالقبض يجب ان يكون مضمونا
بالقيمة كما لو كان غصبا قيل له نعم لكن ضمان الثمن فيما بين البايع والمشتري
قايم مقام القيمة فانه كالبايع اذا اتلف احدى عيني العبد سقط عن المشتري
نصف الثمن لان الاوصاف تفرد بالاتلاف الا ان ضمان الثمن في حق البايع قايم
مقام القيمة فيضمن نصف الثمن وان فعل الاجنبي يضمن نصف القيمة والمقيد
محمد رحمه الله تعالى الا ترى لو كانت جارية فقبضها قبل نقد الثمن بغير اذن
البايع فوطيها او لم ينقصها الوطي ثم اخذ البايع لاستيفاء الثمن ثم وجد
المشتري بها عيبا كان عند البيع له ان يردها ولا شي عليه من قبل الوطي
اما الرد بالعيب فلرضى البايع ووطي المشتري لا يمنع الرد بالعيب القديم اذا رضي
به البايع واما عدم شي من الثمن فلانه لم يحبس شيا من المبيع بالوطي
اذا لم ينقصها الوطي فان قيل الا بل حبس جزءا واسترد البايع بفواته
ولاجله لا يملك الرد الا برضاه لكن ذلك الجزء ليس بمال فلا يكون مستحقا
خلاف العود فانه حبس نصف العبد الا ترى انه لو مات في يد البايع
لا شي على المشتري من الثمن ولا من العقد لان البايع صار مستردا لها ومنع
المشتري منها ولم يسلم بالوطي شي من جنسها الا ان المستوفي بالوطي ليس
بمال ولا اتلاف ما هو مال ولا عقر عليه لانه وطيها في ملكه فلا يلزمه
العقر له الا ترى انها لو كانت جارية وولدت في يد المشتري
ولدا ثم عند البايع واخذها البايع لاجل الثمن مات الولد في يده فان شاء
اخذ الام بجميع الثمن وان شاء تركها لنقصان الولادة لان نقصان
الولادة وان حصل الولادة في يد المشتري لكن لما رد الولد معها انجبر
ذلك النقصان اذا كان بالولد وفاء فكانه ردها سليمة فاذا هلك الولد ظهر
النقصان المتحقق في يد البايع فكان له الخيار ليس هذا ان العيب متى سقط
اعتباره اما بوجود الجابر او رضى البايع لا يمنع الرد بالعيب القديم
ولو لم يمت الولد لكن المشتري وجد بالجارية عيبا قبل ان يقبضها من

البايع

البايع بعدما اخذ البايع منه ان كان عيبا كان عند البايع او حدث
في يد البايع بعد الاسترداد فله ان يرد الام وحدها بل يردها او يمسكهما
لان الولد اذا بقي الى وقت القبض صار مقصودا ايضا فكانه اشترى شيين
ثم وجد باحدهما عيبا قبل القبض ليس له ان يرد المعيب وحده لانه تفريق
الصفقة على البايع قبل التمام وان كان عيبا حادثا في يد المشتري ليس له
حق الرد اصلا بل يجبر على احدهما اما الام فلانه لو ردها على البايع كان
له ان يردها عليه على ما ذكرنا واما الولد فلوجهين احدهما انه لم يجد به
عيبا والثاني انه لا حصة له من الثمن قبل القبض وان وجد بالولد عيبا لا يرد
سواء كان عيبا قديما بان كان به اصبع زايد او حدث في يد البايع او المشتري
لما ذكرنا ولو نقد الثمن وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده بحصته من
الثمن ان كان العيب به يوم البيع او حدث في يد الاسترداد لانه
تفريق الصفقة بعد التمام وان كان عيبا حادثا في يد المشتري لا يرد
وان علم البايع به عند الاخذ لان الرضى بالعيب الحادث عند المشتري
يطلق الرد بالعيب القديم لا بالعيب الحادث عند المشتري وان كان
العيب بالولد يرده سواء حدث في يد البايع او في يد المشتري على ما ذكرنا
ثم وطي المشتري الجارية على وجهين اما ان كانت ثيبا ولم ينقصها الوطي او
كانت بكرا ونقصها ففي الوجه الاول ليس له ان يردها بالعيب بغير رضى
البايع عندنا بكرا كانت او ثيبا وعند الشافعي رحمه الله ان كانت
بكرا فلذلك وان كانت ثيبا فله ان يردها ولا يغرم الوطي شيا وقال
ابن ابي ليلى رحمه الله يردها بكرا كانت او ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها
عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه
قول الشافعي رحمه الله انه قادر على ردها كما قبضها فله ان يردها كما
قبل الوطي وهذا لان الوطي الثيب لا يوجب نقصانا في عينها حقيقة
ولا حكما اذا لم تستوف الا منفعة بمنزلة الاستخدام بخلاف ما اذا كانت
بكرا وان الوطي يفوت جزءا منها فان صفة البكارة بمنزلة جزء من عين

هو مال متقوم وهذا يستحق بالبيع شرطا بخلاف ما اذا شرط انه لم يكن وطئها والدليل
عليه ان وطي البكر يمنع بيع المرابحة من غير بيان ووطي الثيب لا يمنع ولو كانت ذات زوج
فوطئها الزوج عند المشتري فان كانت بكرا فليس له ان يردها بعيب النكاح وان كانت
ثيبا له ذلك والبائع اذا وطي المبيعة قبل التسليم فان كانت ثيبا لم يسقط من الثمن
ولا يتخير المشتري عند ابي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا كانت بكرا فبهذه الفصول يتبين
ان الوطي بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطي لا يحل الا في الملك فالاستخدام على الكره لا يحل
الا في الملك ثم لا يمنع لسببه الرد بالعيب وحجتنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فقد قال
علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردها بعد الوطي وقال عمر وزيد بن ثابت رضي الله
عنهما يردها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت
ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطي لا يسلم للمشتري مجانا فمن قال يردها ولا يرد معها شيئا
فقد خالف اتفاق الصحابة رضي الله عنهم وفي اجماعهم حجة ثم هم مجمعون على ان
الوطي بمنزلة الجناية الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضي الله عنهما ان المشتري اذا جنى
على المبيع ثم علم بالعيب يرده ويرد معه الارش ففي الوطي اجابا بجواز ذلك وعلي
وابن مسعود يقولان لا يرد بعد الجناية وكذلك الوطي وبالاجماع ثبت ان الجناية
تمنع الرد فكذلك الوطي والمعنى في المسئلة ان في الوطي تسليم جزء من المملوك به
فيمتنع الرد والدليل عليه ما بينا من اتفاق الصحابة رضي الله عنهم والدليل عليه ان المستوفى
بالوطي في حكم جزء من العين فان المستوفى بالوطي ما عليه ملك النكاح والمملوك بالنكاح
في حكم العين ولهذا لا يملك الا مؤبدا واستيفاؤه في غير الملك لا ينفك عن عقوبة
او غرامة واستيفاء المنفعة ينفك عن ذلك والمستوفى بالوطي مضمون على الاستيلاء
حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمضمون من الادمي نفسه واجزاؤه
لا منافعه فالمنافع تبذل من الادمي كغيره واذا ثبت انه جزء من العين فاستيفاء
ما يستوفى جزء كالجناية وذلك يمنع الرد بالعيب ودليله ما اذا كانت بكرا ولان
الرد فسخ العقد من الاصل حتى يرد على بايعه ويرجع على البائع فيه لو كان
مردودا فلو رد بعد ان وطئها لتبين انه كان في غير الملك وانه حرام والتحرز عنه قلنا
لا يرد والوطي في غير الملك عند ثبات جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة

او غرامة

او غرامة وبهذا فارق منع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع ان وطئه كان في غير الملك
لان ذلك كان في حكم الجزء وايضا المكر هو عين ما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك
لا يمنع بيع المرابحة فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له بيعها مرابحة
بخلاف وطي الزوج عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البائع وايجابه له فجعل
كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكرا فان النكاح يوجب الوطي للزوج لا صفة
البكارة فيصير اصل الوطي مضافا الى البائع ولا يصير زوال صفة البكارة مضافا
اليه فكأنها ذهبت عند المشتري بغير صنع احد وبصنع انسان باصبع او خشب
وذلك يمنع الرد وكذلك وطي البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط
شيء من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطي وهذا لان الوطي استيفاء
جزء وهو تبع كما بينا وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن
الا ان ذلك مال متقوم يقابله جزء من الثمن اذا صار مقصودا بتناول البائع وهذا
الجزء ليس بمال متقوم الا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا
يقابله شيء من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفي حكم الوطي انما
يصير مملوكا للمشتري بالقبض لان الوطي تصرف وملك التصرف انما يثبت
بالقبض ولهذا الاجزاء التي يوجد قبل القبض من الاستثمار فلهذا لا يجب
العقر على البائع اذا وطئها بخلاف الاستخدام والمنفعة ليست في حكم جزء من
العين ولكنها اعراض تحدث شيئا فشيئا وتبذل ويجوز استيفاؤها في
غير الملك وتخلو عن عقوبة او غرامة اكثر ما فيه ان الرد يتبين ان استخدامها في
غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فلهذا لا يمنع الرد بخلاف الوطي واذا لم يرد
ويرجع بنقصان العيب لان الجزء الفائت صار مستحقا للمشتري وقد تعذر تسليمه
عليه فيرد حصته من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع ولان الرد امتنع بحق البائع
ولهذا لو رضي به يرده وفي مثله يرجع بالنقصان لما ذكرنا ولان العيب ما يعده التجار
عيبا والوطي عند المشتري يعد عيبا في حق البائع في عرفهم الا ترى ان الحال في
موضع يستحسن لا يكون عيبا وفي موضع يستقبح يكون عيبا والزنا في الجارية يكون
عيبا وفي الغلام لا لفساد فان من لوطه لا تستوي الجواب فيهما لان كل واحد منهما

حرام وانما قلنا ان الوطي عيب في حق البايع اما اذا كان حراما فلا شك لانه د
بعيب الزنا ويوجب ذلك لعسر الفراش واما وطي المشتري فلانه يرد عليه
خبرا جارية موطوءة وذلك وحش لعلته مما اذا رد عليه جارية معيبة
بحال في الاستخدام لان الرجل قد يستخدم احيانا بدو حيرانه ولا يعد ذلك
عيبا ولا عارا عليه وليس لهذا كما اذا رضي البايع لانه لا عار عليه لانه
قبلها باختيار عن طيبة من نفسه فانه استرسا وبخلاف وطي الزوج
لان البايع رضي به رجل اشترى جارية قيمتها الف درهم بالف درهم
وقبضها قبل نقد الثمن بغير اذن البايع فولدت في يده ولدا قيمته
مايه فزادت قيمته في يده وصارت الفا ثم اخذ البايع الام دون الولد
فصارت قيمة الولد في يد المشتري بعد اخذ الام الفي درهم ثم نقد المشتري
الثمن وقبض الام ثم وجد بها عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو ان يقسم
الثمن على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم اخذ البايع الام
فيردها بنصف الثمن قال الشيخ الامام الزاهد خواهر زاده رحمه
الله تعالى هذا في مسئلة اذا طلب البايع الولد من المشتري فمنعه
المشتري وقال الكلاذي حكي عن مشايخ بخارى وبلخ رحمهم الله انه
قيل وجب ان لا يرد الجارية بالعيب لان الولد حدث في قبض
المشتري حقيقة والبايع لما اخذ الولد حتى يصير في التقدير كانه
حدث في يد البايع والولد الحادث بعد القبض يمنع رد الام بالعيب
والدليل عليه انه لو وجد بالولد عيبا ليس له ان يرده بالعيب ولو
اخذنا بالتقدير كانه حدث في يد البايع كان له حق رده بالعيب
قيل هذا الولد يشبه الولد الحادث بعد القبض من وجه ويشبه
الولد الحادث قبل القبض اما بعد القبض فلما قلنا من عدم رد الولد
واما قبل القبض فلانه حدث في يد المشتري في حال استحق البايع نقض
قبضه فان للبايع ان ينقض قبض المشتري في الام والولد فصار
من هذا الوجه قبض المشتري وجوده وعدمه بمنزلة ما مر في الابواب

للنقد ان يد صاحب الدين متى كان ثابتا على مال الغريم بعد موته ان كانت اليد
مستحقة القبض يجعل وجودها وعدمها بمنزلة حتى صار صاحب اليد اسوة للغرما
نقلها بها ثم من حيث انه يشبه الولد الحادث بعد القبض لا يرد الولد بالعيب
ومن حيث انه يشبه الولد الحادث قبل القبض يرد الام بالعيب لما ذكرنا في اصل
الباب ان قبض المشتري موقوف ان نقد الثمن قبل الاسترداد بعد قبضه من
الاسترداد بعد قبضه وكان الولد حادثا بعد القبض وان استرد بطل القبض
وصار الولد حادثا قبل القبض وهنا انتقض القبض في الام وتقرر في الولد
من حيث انه تقرر في الولد من الاصل يشبه الحادث بعد القبض ومن حيث
انه انتقض في الام يشبه الحادث قبل القبض فمن حيث انه حادث بعد القبض
يمنع رده بالعيب ومن حيث انه حادث قبل القبض لا يمنع رد الام بالعيب
وهذا لان الرد انما يرد على ما ورد عليه العقد او القبض والولد لم يكن
موجودا عند العقد ولا عند القبض فيجعل في حق الام كان الولد حدث عند
البايع حتى لا يبطل حق المشتري في الرد فيها ويجعل في حق نفسه كانه حدث
عند المشتري لان قبض الام انتقض وقبض الولد لم ينتقض فيرد الام بحصتها من الثمن
ويكون للولد حصة من الثمن متى وجد في حق الولد سبب الضمان من المشتري وقد
وجد هنا وهو منعه الولد من البايع بعد الطلب لان المنع سبب الضمان على
ما ذكرنا الذي يجب الثمن دون القيمة لما قلنا ان ضمان الثمن فيما بين المتعاقدين
بمنزلة ضمان القيمة وقيمة الولد يوم المنع الف مثل قيمة الام يوم العقد فيقسم الثمن
عليهما بالسوية ويرد الام بنصف الثمن فان رد الام بنصف الثمن ثم وجد بالولد الصنعا
زايدا ونقصت من قيمته يوم المنع اعتبارا جمعا به فنقض تلك القسمة لانه
تبين انا اخطانا في القسمة الاولى وظهر ان الثمن انقسم عليهما اثلاثا لان قيمة
الولد يوم المنع نصف قيمة الام يوم العقد فقد وصل الى المشتري برد الام نصف
الثمن فيرجع على البايع بما بقي من حقه وهو سدس الثمن ليتم له الثلثان واما الولد فلا
يرده بالعيب ابدا ولا يرجع بنقصان عيبه لانه ليس له حصة من الثمن ولو كان
البايع قبضها ثم نقد المشتري الثمن وقبضها وقيمة الولد الفان يوم قبضها وقيمة

الام الف ثم وجد بالام عيبا ردها بثلث الثمن لان قيمة الولد يوم القبض ضعف
قيمة الام يوم العقد فان وجد بعد ذلك بالولد اصبعا زائدة وصارت قيمته لاجل
ذلك الفا لا ينتقض تلك القسمة ويرد الولد بثلثي الثمن ان شاء فرق بين هذه المسالة
وبين المسالة الاولى فان ثمة ظهور العيب في الولد ينقض القسمة وهنا لم ينقض والفرق
وهو ان القياس يقتضي انقسام الثمن على قيمة الام والولد على ما هو قيمتهما من حيث الحقيقة
في المواضع كلها كما لو كان المشتري عالما بالعيب في احدهما وقت الشرى او وقت
القبض وقيمتهما تنقسم الثمن عليهما على ما هو قيمتهما من حيث الحقيقة لا على قيمتهما ولو
صحيحان ولدى بحالة الجهل لكن تركنا هذا القياس في البيع وفيما كان مستحقا
بالبيع اذا كان المشتري لا يعلم العيب وقت البيع والقبض فان الوقف بين
الناس انهم يقصدون شرى الصحيح ولم يشتري شيا ويقوم المقوم ما اشتريه
ويقوم على اعتبار كونه سليما ولهذا يستحق الرد بالعيب ولا يمنع العيب
تمام الصفقة لتمام الرضى اعتبار دخوله في العقد سليما ظاهرا والمعروف
كالمشروط فصار كان المشتري شرط الصحة والسلامة وقت الشرى وان كان الثمن
يقسم عليهما على تقدير قيمتهما صحيحان لا على حقيقة حالها لم ينقض القسمة بعيب
يوجد في احدهما لانه لا يظهر الخطا في القسمة ففي المسالة الثانية وجد من المشتري
في حق الام العقد وفي حق الولد ما له سبب العقد وهو القبض فصار ملحقا
بالبيع والبيع اذا ورد على شيئين ينقسم الثمن عليهما اعتبار قيمتهما وهما
صحيحان فكذا فيما صار ملحقا وفي المسالة الاولى لم يوجد البيع ولا ما هو يشبه
البيع بل سبب للضمان بمنزلة الغصب فوجب اعتبار العين والقياس
ان يقسم الثمن على الام والولد من حيث الحقيقة واذا انقسم الثمن على ما هو
حقيقة حالها ولهو القيمة يجب اعادة القسمة لهذا لان الضمان انما
يجب بالمنع وهو لم يمنع الا العيب فلا يقوم عليه التسليم ولهذا لانه اذا
استردها يتمكن المشتري من ردها فيصل الى جميع حقه وان يتضرر وهنا
لا يتمكن من رد الولد اصلا فلو لم يعتبر الحقيقة سعى الولد العيب في ملكه
من التسليم وانه ضرر في حقه استشهد محمد رحمه الله تعالى الا ترى انه لو

انتهى

اشترى جاريتين قيمة كل واحد منهما الف وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يردها
بنصف الثمن لاستوا قيمتهما وان وجد بالاخرى عيبا بعد ذلك وقد باعها او وضى بعيبها
كانت حصة التي رد النصف كما كانت وان كان من العين يتفاوت حتى لا يرجع بشي على
البايع بما له المردودة لانه انما اشتريهما على شرط الصحة عرفا فانقسم الثمن
اعتبار قيمتهما وهما صحيحان اورد هذه المسالة ليتبين ان الجواب في الشرى كذلك
فكذا فيما هو ملحق به وهو القبض بهذا اذا استرد البايع الام دون الولد فان
اخذ الولد وقيمته الف لم يسترد الام فصارت قيمته في يد البايع العين ثم نقد
المشتري الثمن واخذه فوجد به عيبا رده بثلثي الثمن لان البايع لما اخذ الولد
انتقض قبض المشتري فيه من الاصل وصار كانه لم يكن فصار كان الولد حدث
في يد البايع ولو حدث في يد البايع وقبضه المشتري ينقسم الثمن على قيمة الام يوم
العقد وعلى قيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد الف وقيمة الولد يوم القبض
الفان فانقسم الثمن عليهما اثلاثا فصارت حصة الولد ثلثي الثمن فيرده بذلك فرق
بين هذا وبينما اذا احذ البايع الام دون الولد والفرق ان ثمة ان الولد بنسبه
الولد الحادث بعد القبض على ما ذكرنا ولهذا لا يتبينه لانه حين اخذ البايع الولد
انتقض قبض المشتري من الاصل فان قيل انتقض القبض فيه حقيقة لكن القبض
في الام باق فاذا نقد الثمن بعد القبض في الام واستند الى وقت القبض فظهر
ان الولد حدث بعد قبض المشتري فينبغي ان لا يرد قيل له نعم نقد قبض المشتري
في الجارية لكن بطريق الاستناد لا بطريق التبيين والمستند يثبت في الحال اولا عند
نقد الثمن ثم يستند الى اول القبض لانه صفة كالاجازة في العقد الموقوف
والصفة لا تقوم بنفسها وانما تقوم بالموصوف فكذلك هنا وحين نقد القبض
في الجارية كان قبض المشتري منتقضا في الولد فلم ينفذ القبض في حق الولد في الحال
حتى يستند الى اول القبض فبقي حادثا قبل القبض والقبض موجود في حق
الجارية للحال فيستند الى اول القبض هذا اذا وجد بالولد عيبا فان وجد بالام عيبا
فهذا على وجهين ان كان بعد ما رد الولد على البايع العيب لها ان يرد الجارية
ايضا بحصتها من الثمن لان نقصان الولادة انجبر بالولد اذا كانت وما بالنقصان

وان كان لم يرد الولد بالعيب ورضي به بعينه ليس له ان يرد الام لان نقصان
الولادة عيبا حادثا في يد المشتري فيمنع الرد بالعيب القديم الا اذا رضي البايع
او يحمر بالولد لانه صار عدما حكما فلم يبق المانع اما ان يرد الام والولد بقي النقصان
والعيب فيمنع اليه اشار في الكتاب حيث قال لم يردها لما حدث فيها من الولادة
بخلاف ما تقدم من المسائل فان في تلك المسائل للمشتري رد الام بدون الولد
وان حدث العيب عنده لان عدم رضي البايع بالنقصان حيث اخذ الام مع النقصان
لا يستقيم الثمن بقدر ما يأخذ الام ولا يصير راضيا به واذا تعذر رد الام يرجع
عليه بنقصان العيب من حصة الام من الثمن فان قال البايع انا اقبل الام مع النقصان
وارد ثلث الثمن له ذلك لان امتناع الرد كان لحقه واذا رضي به سقط حقه فيرد عليه والله اعلم

باب اختلاف البايع والمشتري في هلاك … قبل القبض وبعده

اصل الباب ان البايع مع المشتري اذا اختلفا في هلاك المبيع قبل القبض وبعده
ان لم يكن لهما بينة فالقول قول من يشهد له الظاهر وان اقام احدهما بينة
قبلت بينته فان اقاما بينة فالبينة بينة من لا يشهد له الظاهر لانها اكثر اثباتا
وان ارخا ورخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا وان كان حكمها اضعف
لانه اثبت الحكم في وقت لا ينازعه صاحبه فيه فالترجيح اولا بالسبق فان لم يكن
فبزيادة الاثبات اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى من
رجل جارية بالف درهم بالف ولم ينقد الثمن حتى ماتت فاقام البايع بينة ان
المشتري قبضها وماتت في يده واقام المشتري بينة انها ماتت في يد البايع قبل
القبض فالبينة بينة البايع وعلى المشتري الثمن وان لم يكن لهما بينة فالقول
قول المشتري اما القول قوله لان الظاهر شاهد له لانه ادعى ان الجارية هلكت
في ضمان البايع وقد عرف كونها مضمونة على البايع فكان المشتري متمسكا بما عرف
ثبوته فكان الظاهر شاهدا له ولانه ينكر استيفاء المعقود عليه ولزوم الثمن
فان قيل الظاهر شاهد للبايع من وجه اخر لانه يدعي بقاء العقد وبقاء الثمن
على المشتري وقد عرف ثبوتها من قبل فكان الظاهر شاهدا للبايع من هذا
الوجه قيل له نعم الا ان مقصود البايع من هذه الدعوى براءة ذمته عن ضمان

الجارية

الجارية وتأكد الثمن على المشتري ومقصود المشتري من الدعوى بقاء ضمان الجارية
على البايع وعدم تأكد الثمن على نفسه فكان باعتبار الثمن الظاهر شاهدا للمشتري
واما البينة بينة البايع لان الظاهر لم يشهد له لان المشتري لا يدعي في الحاصل حقا له
على البايع والبايع يدعي عليه حقا له وهو تأكد الثمن ومطالبته به فكان البايع
مدعيا والمشتري منكرا ولو انهما ادعيا القتل على هذا الوجه فقال البايع قتلها
المشتري بعد البيع وقال المشتري قتلها البايع قبل القبض فكذلك الجواب لان
قتل المشتري الجارية قبض وكان دعوى البايع القتل كدعوته انه قبضها وماتت
في يده وقتل البايع قبل القبض انفساخ البيع وسقوط الثمن عن المشتري فكان
دعواه القتل على البايع ودعواه انها ماتت في يده سواء لان المشتري لا يدعي بهذا
ضمانا على البايع بل يدعي سقوط الثمن عن نفسه وهو في الحقيقة نفي وانكار
لتوجه المطالبة عليه بالثمن فكان البايع هو المدعي على الحقيقة في حق الثمن
ويدعي القبض ايضا على المشتري فكانت بينته اولى بالقبول هذا اذا لم يوقتا
اما اذا ارخا القتل بان اقام المشتري البينة ان البايع قتلها بعد البيع بيوم واقام
البايع البينة ان المشتري قتلها بعد البيع بيومين فالبينة بينة المشتري
والبيع منتقض ولا شيء على المشتري لان بينة المشتري اسبقهما تاريخا
فكان القضاء بها اولى ورجح بينة المشتري هنا بالسبق وان كانت بينة البايع
اكثر اثباتا وقد ذكرنا هذا في باب الاختلاف في الخيار في البيوع اذا
باع عبدا على انه بالخيار ثلثة ايام وقبضه المشتري ثم ادعى المشتري
ان البايع قتل العبد في الايام الثلثة وصار مستردا للعبد واقام
البينة على ذلك وادعى البايع ان المشتري قتله بعد الايام الثلثة وتم
البيع بينهما واقام البينة على ما ادعى على ان البينة بينة البايع لانها
اكثر اثباتا وان كان بينة المشتري اسبق طعن عيسى بن ابان
رحمه الله وقال لا يصح الفرق بين المسئلتين ويجب ان يكون الجواب فيهما
سواء فاما ان يعتبر الترجيح بالسبق لا بزيادة الاثبات كما ذكر
هنا او بزيادة الاثبات كما ذكر ثمه اما الفرق لا يصح ووجه الفرق لمحمد رحمه

الله وهو ان في تلك المسألة بينة المشتري في غير محلها لانها غير مثبتة لانها قامت
على اثبات براءة عن ضمان القيمة وبراءته عن ضمان القيمة ثابتة باقرار البايع ان المشتري
قبله بعد الايام الثلثة فكانت قائمة على اثبات ما هو ثابت باقرار خصمه فكانت في غير
محله فكانت باطلة وبينة البايع قامت في محلها لانها قامت مثبتة فانها تثبت ضمانا
حادثا على المشتري وهو الثمن فما استويا في الاقامة لترجح الشبق اما هنا بينة
المشتري قامت في محلها لانها قامت مثبتة لانه تثبت البراءة ثابت ولو براءة عن
الثمن وهذا لم يكن ثابتا باقرار خصمه وهو البايع فكانت قائمة في محلها الا ان بينة
البايع اكثر اثباتا وبينة المشتري اسبق فكان الترجيح بالسبق اولى بدليل
الاجماع والمعقول اما الاجماع عندي يدعي رجل نازع فيه انسان احدهما يدعي قبضه من
ذي اليد وقبضا وادعى الاخر الشرى واقاما البينة ولم يوقتا البينة بينة المشتري
لانها اكثر اثباتا الا ان يسبق تاريخ الهبة وان لم يوجد تاريخ فبينة الهبة اسبق تقضى
بالهبة والمعقول وهو ان السابق التاريخ يثبت حقا في وقت لا ينازعه صاحبه ولا يعارضه
والبينة اذا خلت عن المعارض يجب قبولها واذا قبلت في ذلك الوقت قبلت
في الاوقات كلها ضرورة فلا تقبل بينة الاخر لما كانت اكثر اثباتا فيقدر
الزيادة وحدث بلا معارض فوجب ان تقبل في قدر الزيادة منفصلا في الباقي ضرورة
قبل لنعم لكن السابق في ذلك الوقت لا معارض لها قبلت واذا قبلت لم تقبل
الاخرى ضرورة وان لم يكن لها معارض في قدر الزيادة بخلاف ما اذا استويا في الوقت
لانه لا معارض للمثبتة للزيادة وكذا لو اقام احدهما البيع والاخر البينة على
الرهن والقبض كان البيع اولى ولو ارخا وتاريخ الرهن اسبق كان الرهن
اولى ولو اقاما البينة على القتل واقام البينة على الموت على هذا الوجه
اقام المشتري البينة انها ماتت في يد البايع بعد البيع بيوم واقام البايع البينة
ان المشتري قبضها بعد البيع بيومين فماتت في يده فالبينة بينة المشتري ايضا
لانها تثبت الموت في زمان فكان اولى كما في القتل ورجح بينة الذي اسبق
وان كانت بينة البايع اكثر اثباتا ودليله ما ذكرنا من الباب ووضع
المسألة في الجارية وجعل البينة بينة من يثبت الموت بعد الثلاث لانها اكثر

اثباتا وان كانت بينة الاخر اسبق وطعن عيسى رحمه الله وجمع بينهما لما ذكر وفرق
محمد رحمه الله والفرق ما ذكرنا ولان غرض البايع لا يثبت ببينته ما يدعي من الموت
في الثلاثة الايام لان ما يجب له قيمة المبيع وهذا ثابت بنفس القبض ومتى لم يتعلق
بالموت حكم بقي الدعوى في الحقيقة في الضمان احدهما يدعي الاستقلال من ضمان
القيمة الى ضمان الثمن والاخر يدعي ضمان القيمة فكان المثبت احدهما فكان القضاء
ببينته اولى وفيما نحن فيه تعلق الحكم بالموت وهو انتقاض المبيع وسقوط
الثمن احدهما يدعي هذا والاخر يدعي اثبات الثمن لان المبيع في ضمان البايع غير
مضمون على المشتري بالثمن وبعد المبيع في قبض المشتري مضمون عليه بالقيمة
فاستويا في الاثبات هنا فكان القضاء بالمثبتة للاكثر اولى وعند اطلاق
الوقت القضاء بالسابق اولى لما قلنا هذا اذا اختلفا في القبض ولو نصا وقتا
ان المشتري قبض الجارية بامر البايع او بغير امره واقام المشتري البينة ان البايع
قتلها بعد القبض واقام البايع البينة على ذلك فالبينة بينة المشتري لان بينة
البايع قامت في غير محلها لانها ما قامت مثبتة لانها قامت على اثبات ما هو ثابت
وهو تأكد ضمان الثمن وانه ثابت بقبض المشتري فكان وجودها وعدمها
بمنزلة وبينة المشتري قامت في محلها لانها قامت مثبتة للبراءة ثابت وهو
استرداد البايع وفسخ البيع وبراءته عن ضمان الثمن ان كان قبضها قبل
نقد الثمن بغير امر البايع وعلى وجوب ضمان الجارية ان قبضها باذن البايع
او بعد نقد الثمن فكان بينته اولى بالقبول ولو اشترى من رجل جارية
بالف درهم فلم يقبضها حتى ولدت ولدا فقبلت الام الولد وقبل الولد الام
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي منهما بجميع الثمن وان شاء ترك اما التخيير
فلان الام اذا قبلت الولد فقد تعذر المعقود عليه في ضمان البايع لانها صارت
منقوصة بنقصان الولادة من غير حلف لقول ما يجبر به النقصان ولو كان
الولد انما يجبر باعتبار تمكن النقصان في عين الجارية وان يجبر النقصان
بالولد فيها اولى واما اذا قبل الولد الام فلانه فات ما هو المقصود بالعقد
والنعم يوجب الخيار بالفوات اولى الا ترى انه لو قطع انسان يدها او اخذ

واخذ الارش يخير المشتري للتعيب فان اختار النقصان بالارش فهنا اولى وإما اخذ
الباقي منهما بجميع الثمن لانه لو اخذ بما يخصه من الثمن في الابتداء لزمه جميع الثمن
في الانتهاء فيأخذ بجميع الثمن لانه لو اخذ بما يخصه من الثمن في الابتداء لزمه
جميع الثمن في الانتهاء فيأخذ بجميع المقبول في الابتداء نفيا للمنافاة وبيانه
انه لو اخذ الباقي بحصته ينفسخ البيع في المقتول ويعود الى ملك البائع فظهر
ان القاتل كان مملوكا للمشتري وقت قتل مملوكا للبائع جناية موجبة للملك
فيكون الجناية معتبرة لان في اعتبارها فائدة فيقال للمشتري اما ان يدفع القاتل
بالمقتول او تفديه بقيمته لان في اعتبارها فائدة فيقال للمشتري اما ان تدفع القاتل
بالمقتول او تفديه بقيمته وانهما اختار قام الجاني مقام المجني عليه وظهر ان البيع
لم ينفسخ لان المبيع فات الى خلف والمبيع متى فات الى خلف في ضمان البائع لا ينتقض
البيع لكن يثبت الخيار للمشتري كما لو قتل المبيع عبد اجنبي ودفع به فيصير
القاتل قائما مقام المقتول فيتحول البيع الذي في المقتول الى القاتل فيصير
القاتل هو المبيع لانه مبيع بنفسه وبقيامه مقام المقتول فمتى اختار الاخذ
يأخذ بجميع الثمن فعلم انا لو الزمناه الاخذ بحصته من الثمن في الابتداء
لزمه جميع الثمن في الانتهاء فيأخذ بجميع الثمن فان قيل اخذ الباقي بحصته من
الثمن لا يؤدي الى هذا في قول ابي حنيفة رحمه الله لان البيع وان كان فسخا في
المقتول لكن يظهر ان الجاني والمجني عليه هما في ضمان البائع فيجب ان يهدر عنده
كالعبد المغصوب اذا قتل عبد الغاصب خطأ يهدر الجناية عنده وان كان
الجاني غير مملوك له والمجني عليه مملوكا لكن لما كان في ضمانه هدرت الجناية فكذا
هنا واذا صارت هدرا صار كان المقتول مات حتف انفه ولو مات احدهما حتف
انفه كان للمشتري ان ياخذ الباقي منهما بحصته من الثمن كذلك هنا الا ترى
انه لو رهن عبدين رهنا واحدا فقتل احدهما في ضمان المرتهن فانه لا يعتبر
ويجعل كالموت حتى يسقط حصته من الدين اذا كان الدين مثل قيمتهما او اكثر
قيل له في مسألة الغصب انما صارت الجناية هدرا لان قرار الضمان على الغاصب
لان المغصوب منه متى اخذ العبد المغصوب بعد ما جنى واختار الدفع او الفدا

رجع على الغاصب بالاقل من القيمة ومن الفداء فعلم ان قرار الضمان على الغاصب
لو اعتبرت الجناية ولا يفيد اعتبارها فلا تعتبر اما لو اعتبرت الجناية
لا يكون قرار الضمان على البائع وان كان الجاني في ضمان البائع الا ترى
ان العبد المبيع اذا جنى جناية موجبة للمال في يد البائع ثم اخذ المشتري
مع علمه بالجناية فدفع او فدى لا يرجع على البائع بشيء واذا لم يكن قرار الضمان
على البائع كان اعتبار الجناية مفيدا فتعتبر هذا لان الاصل في الجنايات
الواردة على محال معصومة الاعتبار الا ان لا يمكن وقد امكن هنا لانه
يفيد الملك فيختلف الا ترى انا لو لم نعتبرها ينفسخ الملك في المقتول وعند ذلك
يختلف الملك فاذا كان في اعتبارها ما يوجب عبرناه في الاعتبار ونحو الرهن
لان ثمة لو لم تعتبر لا يختلف الملك وهو المقصود فاذا جعل كالموت ولهذا
لان اعتبار جناية المرهون على المرهون ان كان باعتبار الرهن لان
العبد بعد الرهن باق على ملكه كما كان قبله وجناية احدهما على
احدهما على الاخر قبل الرهن كان هدرا اذا كان خطأ لان المستحق
بجناية الخطأ نفس الجاني ملكا وهو مملوك لمولى المجني عليه ولو اعتبرت
لاستحق بما على نفسه ملكه نفسه وانه باطل فالذي يعتبر وانما يجب
اعتبارها لحق المرتهن لان في حق المرتهن غير النقض كان لثبوت حق
الاستيفاء في نصف كل واحد منهما الا ترى ان جناية الراهن على المرهون
تعتبر لحق المرتهن وتكون جناية مالك الراهن على حق المرتهن ولهذا اعتبرنا
جناية الفارغ على المشغول لا عكسه لان فيه حق المرتهن وجناية المشغول
على المشغول يفيد اعتبارها في حق المرتهن لانه لا بد من ان يسقط
ماله من الحق في احدهما اما المجني عليه واذا جعل قلنا لا الى بدل واما
الجاني اذا اقيم مقام المجني عليه بالدفع فانه في حق نفسه يصير ساقطا
واذا كان اعتبار الجناية لحق المرتهن وجناية المشغول لا يفيد اعتبارها
في حقه كان هدرا افترق ـــــ ابو حنيفة رحمه الله بين الرهن والغصب
ففي الرهن جعل جناية المغصوب على الغاصب هدرا او على المالك معتبرا

مع ان المرهون مضمون على المرتهن كما ان المغصوب مضمون على الغاصب فيستوي بينهما جانب الضمان فقال لا يعتبر جناية المرهون كما لا يعتبر جناية المغصوب على الغاصب وفرق بينهما في جانب المالك فقال ضمان الغصب اذا تقرر اوجب الملك فلو اعتبرنا جنايته على المغصوب منه واستقر على الغاصب ثبت الملك له من وقت الغصب فتبين ان العبد جنى على غير مالكه فلهذا اعتبر ولو جنى على الغاصب تبين انه جنى على مالكه فلا تعتبر اما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن لا يوجب الملك في العين فلا يتبين ان الجناية كانت على مالكه فلهذا كان هدرا وانما تهدر جنايته على المرتهن وان لم يملكه لان قيمته اذا كانت مثل الدين فهو بمنزلة المالك في حكم الجناية الا ترى انه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن فكذلك في الجناية عليه يجعل كالمالك وهذا لان اصل حق المجني عليه في بدل الجناية الا ان للمولى ان يخلص نفسه من ذلك بالدفع ان شاء ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق البدل الاصلي لانه لو وجب ذلك كان قرارا عليه ولا يجب له على نفسه ارش الجناية ولا يمكن جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد لان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شيء فصار هدرا وجنايته على مال المرتهن سوا الا ترى ان في الجناية الراهن سوى بين جنايته على نفسه وعلى ماله فكذلك في جانب المرتهن فالحاصل ان المرهون من حيث انه مضمون كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة ولا اعتبار انه كالامانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا ولا اعتبار انه كالمغصوب من وجه يجعل كانه على الضمان بين هدرا فلو اخذ البائع بجميع الثمن وجد به عيبا برده بجميع الثمن لانه كل المبيع بنفسه ونفسا مه مقام المقتول ولو امتنع الرد يرجع بحصته العيب من جميع الثمن كانه هو المبيع وفرق بين هذا وبينما اذا اشترى دابتين فقبلنا اخرهما وماتت احداهما في يد البائع واختار المشتري اخذ الباقي وانه ياخذها بحصتها من

الثمن والفرق هنا اخذ الباقي بعينها بحصتها من الثمن في الابتداء لا يؤدي الى احد بعقد بجميع الثمن في الاستهلاك لان البيع في المقتول وان انفسخ وعاد المقتول الى ملك البائع وظهر انه هلك المشتري حتى عاد الى ملك البائع الا ان المبيع فات لا الى خلف لان جناية الدابة هدر لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار فصار القتل بمنزلة الموت حتف انفه اما هنا نحن فيه ذكر في لو اشترى عبدين صفقة واحدة فقتل احدهما صاحبه واختار الاخذ فانه ياخذ بجميع الثمن لما قلنا بل اولى لان كل واحد منهما دخل في العقد مقصودا اوالولد لم يدخل شيئا قالوا ونظير العبدين اذا اشترى عبدا برغيف فاكل العبد الرغيف قبل القبض فانه لا يفسد البيع ونظير الدابتين اذا اشترى حمارا بشعير بعينه فاكل الحمار الشعير قبل القبض يفسد البيع كما لو هلك الشعير لان فعله هدر فعل الحمار معتبر فصار اكل العبد كاكل الاجنبي وذكر ابو يوسف في الامالي لو قبض احد العبدين ولم يقبض الاخر حتى قتل احدهما صاحبه فان قتل غير المقبوض فالخيار للمشتري وله ان ياخذ الباقي لانه قبض احدهما والثاني بحل القبض لا بعينه ولا يحط من الجناية شيء وان قتل المقبوض غير المقبوض فقد تفرق القبض على المشتري فهو بالخيار ان شاء رضي بجميع الثمن ولا يبطل من الجناية شيء لانه ظهر ان بعينه قال عبد البائع بالارادة وصار بمنزلة البيع منه والعبد اذا قتل قتيلا فباعه مولاه مع العلم بالجناية وجب عليه قيمة المقتول لذلك هنا وجب ان يرد قيمة المقتول كمثل باع عبدا برغيف بعينه فلم يقبضه حتى اكل العبد الرغيف صار مستوفيا للثمن وفرق بين هذا وبينما اذا رهن دابة بقفيز من شعير فاكلت الدابة الشعير لم يصر الراهن مستوفيا شيئا من الدين لان طعام المرهون على الراهن لا على المرتهن وطعام العبد المبيع على البائع ما دام في يده

باب اختلاف البائع والمشتري وكل واحد منهما يدعي غير ما يدعيه صاحبه

اصل الباب ان البينات حجج الشرع يجب العمل بها اذا قامت في محلها وهو موضع الحاجة الى الاثبات ولهذا كان الحكم انما هو الاقرار فلا تلزم الحاجة والدعوى لا تقبل الا بالبينة او تصديق الخصم في الحديث وفي بيع المقايضة اذا اراد احدهما العيب يرجع بما يقابله اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل طلب من

الضمان

وقميص والقميص بخفه واقام صاحب القميص بينه انه اشترى من صاحب الخف والقلنسوة
بقميصه قضى بنصف الخف والقميص داخل في العقد وانما اختلفا في الطيلسان والقلنسوة
فانما يقضي بالبينة فيما يقضي بالبينة فيما اختلفا فيه وبالاقرار فيما اتفقا عليه فيقول
صاحب الخف والقلنسوة وهو مدعي شرى الطيلسان والقميص ادعى انه اشترى
من صاحب الطيلسان جميع الطيلسان بنصف حصته وانكر صاحب الطيلسان
اصلا واثبت صاحب الخف ما ادعى بالبينة فلا بد من القضا بها وصاحب
الطيلسان والقميص وهو مدعي شرى الخف والقلنسوة ادعى شرى القلنسوة
كلها بنصف القميص وانكر صاحب القلنسوة بيع القلنسوة واثبت صاحب
الطيلسان ما ادعى بالبينة فلا بد من القضا بها فلم يبق الا نصف الخف في يد صاحب
الخف ونصف القميص في يد صاحب القميص وقد تصادقا على ان التبايع
بينهما ثبت بيع ذلك تصادقهما فظهر ان نصف الخف بازا الطيلسان
كله ونصف الخف بازا نصف القميص ونصف القميص بازا القلنسوة كلها
ونصفه بازا نصف الخف وانما تكون القسمة كذلك اذا كانت قيمة الطيلسان
والقميص على السوا وكذا قيمة الخف والقلنسوة لان صاحب الخف اذا قال
اشتريت الطيلسان والقميص بخفي فقد ادعى مقابلة الخف بالقميص
والطيلسان والقسمة باعتبار القيمة فاذا كانت قيمة الطيلسان مثل
قيمة القميص يكون نصف الخف مقابله كل واحد منهما كما لو اشترى
عبدين بالف درهم وقيمة كل واحد منهما الف يكون مقابلة كل واحد منهما
خمسمائة ولو كانت قيمة الطيلسان اكثر من قيمة القميص او اقل لا يكون
القسمة على هذا الوجه بل يكون على التفاوت كما لو اشترى عبدا
بالف وقيمة احدهما الف وقيمة الاخر خمسمائة وسنذكر ما قال محمد رحمه الله من
القسمة ان قيمة الطيلسان والقميص سوا وكذا قيمة الخف والقلنسوة
واذا وضح بذلك ونفذ بضائع وصاحب عما اشتراه وبعضه عيبا
رده بما يقابله حتى لو وجد مشتري الطيلسان به عيبا رده بنصف
الخف لان الذي يقابله ذلك وان وجد مشتري القلنسوة بها عيبا ردها

بنصف القميص لان ثمنها ذلك القدر وان وجد المشتري الخفين بها عيبا ردهما
بالطيلسان وبنصف القميص وان وجد مشتري القميص به عيبا رده بالقلنسوة
وبنصف الخف على قضيته وقوع المقابلة وكذا لو استحق من ذلك شي رجع
بما يقابله من الثمن على ما ذكرنا والله اعلم بالصواب

باب الزيادة في البيع من غير المشتري

اصل الباب ان الزيادة في الثمن من الاجنبي تجوز في كل موضع تجوز الزيادة
من المشتري الا ان الفرق بينهما ان الزيادة تصح من المشتري بدليله بمطلق
الايجاب لا تصح من الاجنبي الا بالاضافة الى نفسه او ماله بان قال من مالي
او على اني ضامن لها اذا لم يضف الى نفسه او ماله ان امر المشتري بذلك
يلزم المشتري وان لم يامر يتوقف على اجازته واذا ضمن او اضاف يلزمه
من غير توقف اما صحة الزيادة فلان المشتري لو علك جاز الزيادة فلم
يكن ما لكا قبل ذلك وصحة الزيادة تعتمد المقابلة صورة والتسمية لا حقيقة
والاجنبي في هذا مساوي المشتري فما صح من المشتري صح منه كالخلع
من الاجنبي بخلاف العفو واما اللزوم بمطلق الايجاب من المشتري والموقوف
على الاضافة من الاجنبي لان المشتري وجد منه سبب صالح للايجاب وهو
العقد بمطلق الايجاب ينصرف اليه ولم يوجد من الاجنبي هذا السبب فيشترط
في حقه الاضافة الى ذمته او ماله كما في الخلع من الاجنبي والصلح من
الفضولي فان المراة اذا اختلعت من زوجها او المدعى عليه اذا اصطلح مع المدعي
يجب عليه المال بمطلق العقد وفي الفضولي لا يجب المال الا بالاضافة او الضمان
والفرق بين امر المشتري وعدم امره ان عند الامر يلزم المال المشتري
فيشترط رضاه وهو بمنزلة الرسول عنه والثاني الرسول لما ان الرسل
وعند عدم الامر الاجنبي بل يشترط رضى المشتري ويتوقف
على اجازته كالفضولي في الصلح عندنا ان المدعى عليه او اجاز اذا
الخلع او اضاف الفضولي في الخلع فان قيل ينبغي ان لا يصح الزيادة
في الثمن من الاجنبي كما لا يصح ايجاب اصل الثمن من الاجنبي على نفسه

فان من قال لآخر بع عبدك من فلان على ان يكون الثمن علي والعبد لفلان فانه
لا يجوز قيل له على عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله انه يجوز وقال ابو بكر الجصاص
رحمه الله هذا يجب لان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب التصرف عن ان من اشترى
شيئا بدين له على غيره فانه لا يجوز ولهذا لا يجوز وجوب البدل في العتق على
غير العبد لانه يسلم للعبد العتق دون غيره وماليته ولا يسلم ذلك للاجنبي فكان
حاله مخالفا لحال الاجنبي فلا يلزمه المال والذي في البيع حال المشتري يخالف لحال
الاجنبي فلا يصح البيع بثمن على الغير بخلاف الخلع والصلح لان المال يجب
مقابلا للسقوط والساقط لا يحصل لاحد فكان الاجنبي والمراة فيه سواء
وقد ذكرنا ان الزيادة في الثمن يصح من المشتري من غير ان يستفيد بازائها
ما لا وقت الثبوت فيصح من الاجنبي واصل الثمن لا يصح من المشتري من غير ان
يستفيد عقابلته مالا فلا يصح من الاجنبي وهذا لان اصل الثمن يعتمد المقابلة
لانه عقد معاوضة بين الثمن والمثمن ومعنى المعاوضة لا يتحقق الا بالمقابلة
والزيادة لا يعتمد هذا لانه لا يمكن اشتراطه في غير ذوات الامثال لان
التسوية في غير ذوات الامثال واجب الشرط والتسمية الا ترى
انه قد يبيع شيئا يساوي مائة الف فلا يكون المقابلة حقيقة ثابتا بما وراء المائة
واذا ثبت ان الزيادة في الثمن يعتمد المقابلة صورة لا حقيقة صح اشتراط
الزيادة على الاجنبي كما صح على العاقد لانه نزل حينئذ منزلة بدل
الخلع وبدل الصلح عند العمل على ما ذكرنا فالحاصل انا عرفنا وجوب
المال شرعا من غير عوض يحصل للملتزم بالزيادة المتبرع بالحالة وعرفنا
وجوب المال بالمعاوضة بالبيع والعتق على مال ولم يعرف وجوب المال
بعوض يحصل لغيره اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل ساوم
رجلا في شراء دار بالف درهم وابى البائع ان يبيعها الا بالف درهم فقال رجل
للبائع بعها منه بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة سوى الالف فرضي
بذلك وباعها من المشتري بالف جاز البيع بالف على المشتري وبطل الضمان
في قولهم جميعا ولا يخير البائع بين الفسخ والاجازة وهذه المسئلة على

ثلثة اوجه احدها هذه اما جواز البيع فلاستجماع شرائط الجواز فلو
فسد انما يفسد بسبب الضمان من الاجنبي وانه غير مشروط في البيع ولو كان
مشروطا في البيع لا يوجب فساد البيع فاذا لم يكن مشروطا اولى
بيانه ان من قال لآخر بع هذه الدار بالف درهم على ان يقرض فلان
الاجنبي عشرة دراهم وقبل المشتري ذلك لا يفسد البيع ومثل هذا
الشرط لو جرى بين المتعاقدين اوجب فساد العقد فاذا جرى بين
احدهما وبين الاجنبي لا يوجب فساد العقد فاذا لم يجز مثل هذا الشرط
في العقد ادى ان لا يوجب الفساد واما بطلان الضمان فلانه لو لزم الاجنبي
الزيادة اما ان يلزمه بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن
لا وجه الى الاول لان هذه الخمسمائة غير واجبة في ذمة المشتري فكيف
يجعلها بطريق الضمان عنه ولا وجه الى الثاني لانه لم يقل على اني ضامن
لك خمسمائة من الثمن حتى يجعل زيادة في الثمن فيكون تعليق التزام المال
بالبيع او اعطاء الرشوة وانه لا يجوز فان قيل قوله خمسمائة سوى
الالف يحتمل الزيادة في الثمن ويحتمل الرشوة فيجب حمله على الزيادة تصحيحا
لكلامه قيل له انما يجب حمله على الصحة اذا لم ينص على الفساد وقد نص
هنا لانه نفى ان يكون الخمسمائة ثمنا لانه قال على اني ضامن لك خمسمائة
سوى الالف والالف هو الثمن فكانه قال سوى الثمن فلا يمكن حمله
على الثمن واما عدم الخيار للبائع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم
يسلم له ما شرط في البيع على المشتري لا على الاجنبي وقد سلم له ذلك
الا ترى انه لو شرط في البيع ان يقرضه فلان عشرة دراهم فلم يقرضه
لا يثبت الخيار للبائع هنا بخلاف ما اذا شرط ان يكفل فلان بالثمن او رهن
هذا العين فلم يكفل فلان ولم يرهن لان الرهن والكفالة مؤكد موجب
العقد فكان فوته بمنزلة فوات الثمن وانه يوجب فساد العقد اما هنا
بخلافه ثم فرق بين هذا وبين ما اذا ادعى على آخر الف درهم اذا لم يوف
به غدا اذا ثبت المال وانه لم يتبره ما عليه لانه عنه قام دلالة التقييد

بل قام دلالة البطلان حيث قبيع بما سوى الثمن ولان الحوالة وتقييدها الا يدل
على صحة يحتمل من الجهالات والمخاطرات ما لا يحتمله البيع فصحة الحوالة وفسادها
لا يدل على صحة البيع وفساده والثانية لو قال الاجنبي بع الدار منه بالف على اني
ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف جاز والبيع بالف على المشتري وخمسمائة
على الاجنبي زيادة في الثمن ولا يتوقف على اجازة المشتري اما جواز البيع فلما قلنا
واما جواز الضمان فلانه زاد في الثمن خمسمائة حيث قال خمسمائة من الثمن سوى
الالف فقد نص على ان خمسمائة زيادة في الثمن والاجنبي متى ادى الثمن وصحها
صحت الزيادة ونفذت امن المشتري بدلها او اولها متى يكون الثمن في حق المشتري
الفا وفي حق البايع الفا وخمسمائة لما ذكرنا والثالثة لم يذكرها محمد رحمه الله وذكر
الحاكم الجليل رحمه الله في مختصر الجامع الكبير وهو ان يقول الاجنبي بع منه بالف على
اني ضامن لك خمسمائة من الثمن فرضي به ونقول بعت جاز البيع بالف ويكون
الاجنبي كفيلا بخمسمائة من الالف الثمن لانه كفل بخمسمائة من الثمن ولم يرد
شيئا في الوجه الثاني اذا نقد المشتري من الالف لم يكن للبايع ان يمنعه السداد
حتى ينقض الخمسمائة من الاجنبي لوجهين احدهما ان الخمسمائة ان صارت
زيادة في الثمن لكن هي عن لا يطالب بها المشتري بحال ولو كان يطالب بها في
الحال فان كان الثمن موجلا وزاد المشتري زيادة موجلة ليس للبايع ان يحبس
فاذا كان لا يطالب بها المشتري بحال كان اولى والثاني ان الزيادة صحت
في حق البايع والاجنبي فيما لا يتضرر به المشتري اما فيما يتضرر فلا ولو صادفت
ثمنا في حق الحبس يتضرر به المشتري فلا يصير ثمنا في حق هذا الحكم لانه
تعلق حق المشتري بالاخذ اذا نقد ما عليه وصار كالفضولي اذا خالع مع
الزوج عن امراته وضمن يعتبر معاوضة في حق الزوج والفضولي حتى يرد العوض
بالعيب وفي حق المراة طلاقا بغير مال كان الزوج طلقها ووهب الفضولي
له المال وكذا صلح الفضولي على مال الفضولي بان اراد المشتري ان يبيع الدار
مرابحة بيعها مرابحة على الف درهم لانه انما يبيع مرابحة على ما خرج من ملكه
وقام عليه لا على ما سمي عقدا الا ترى انه لو اشترى دارا بالف وحط البايع

عن

عن خمسمائة بيعها مرابحة على خمسمائة ولذلك الشفيع ياخذها بالف لان
للشفيع حق الاخذ بما خرج عن ملك المشتري وقام عليه لا بما سمي عقدا الا ترى
ان البايع لو حط عن المشتري بعض الثمن اخذ الشفيع بما وراء المحطوط
وهذا لان الزيادة اذا لم تظهر في حق المشتري لا تظهر في حق من يتحول
اليه ايضا قال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله ولو اخذها من
البايع ينبغي ان ياخذها بالف وخمسمائة لان الثمن في حقه هذا ولو ان البايع
مع المشتري تقايلا البيع رجع المشتري على البايع بالف ورجع الكفيل
عليه بخمسمائة فان قيل وجب ان لا يرجع الكفيل عليه بشي لان الاقالة
عقد جديد في حق الثالث والكفيل ثالث فصار في حق الكفيل كان البايع
اشترى ما باع ولو كان كذلك كانت الخمسمائة سالمة له ولا يرجع عليه
الاجنبي قيل له الاقالة فسخ في حق المتعاقدين فيما كان من خالص
حقهما وهو من حقوق هذا العقد الذي وقعت الاقالة عنه والخمسمائة
التي اخذها البايع من الكفيل كانت من حقوق هذا العقد الذي
وقعت الاقالة لانها انما ملكها بسبب هذا العقد واعتبرت
الاقالة فسخا في حق البايع في حق هذه الخمسمائة فلم يسلم له ويزول
عن ملكه فيجب عليه الرد الى من اخذ منه ثم ذكر محمد رحمه الله هذه
المسالة في الاصل واضاف الجواب الى قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله ولم يذكر قول ابي يوسف واختلف المشايخ فيه منهم من قال
قوله مثل قولهما واليه مال صاحب الكتاب وقيل قول ابي يوسف
خلاف قولهما وتخصيص محمد رحمه الله قولهما بالذكر يدل على ان
قوله خلاف قولهما بناء على اصل مختلف وهو ان الاقالة بعد القبض
عندهما فسخ في حق المتعاقدين حتى لا يصح الاقالة باكثر من الثمن
الاول او باقل منه وعنده بيع جديد في حقهما حتى يصح بالزيادة والنقصان
والاصح ان قوله هنا مثل قولهما لانه انما يجعله بيعا جديدا في
حقهما اذا كان باكثر من الثمن الاول او باقل حتى لا يلغوا ذكر

الزياده والنقصان اما عند الاطلاق وذكر الثمن الاول فيفسخ في حقهما
عنده ايضا مثله الكتاب موضوعه فيما اذا كانت الاقالة بالثمن
الاول فكان المذكور قول الكل قال محمد رحمه الله في الاصل فلذلك
فحقيقة قوله ان وجد المشتري بالدار عيبا فردها بقضا او بغير قضا
اخذ المشتري الالف من البايع والكفيل جميعا بها اما اذا كان الرد
بقضا لا يجي اختلاف المشايخ رحمهم الله على قول ابي يوسف رحمه
الله بل يكون قوله كقولهما بالاتفاق لان الرد بقضا القاضي فسخ في
حق الكل بالاتفاق وبه تبين ان تخصيص قولهما بالذكر لا يدل على
ان قوله خلاف قولهما وانه خص هذا ولم يكن وان كان بغير قضا
يجي اختلاف المشايخ رحمهم الله على قوله لانه بيع جديد في حق الثالث
بالاتفاق عند الاقالة لكن هذا اذا كان البايع منكرا للعيب اما
اذا كان مقرا فالجواب في الرد بقضا قاضي نص عليه في كتاب
الصلح من المبسوط فانه قال المشتري اذا وجد بالمشترا عيبا بعد
القبض فرده على البايع بغير قضا باقل من الثمن الاول والبايع مقرا
بالعيب بعد زعم ان الفسخ مستحق عليه ورد الثمن واجب عليه
فكان امساك شي منه امساكا بغير حق فكان عليه واذا كان
الرد في هذه الحالة فسخا عندهم جميعا وان نص على الاول من الثمن
الاول في مسئلتنا وقد اشار الى المراد ثم الا ولم ينص نصا على الاقل
من الثمن الاول كان اولى واما اذا كان البايع منكرا في مسئله
الصلح قال لا يصح النقصان عندهما ويكون فسخا وعند ابي يوسف
رحمه الله يصح النقصان ويكون بيعا جديدا ويجي اختلاف المشايخ رحمهم الله
على قوله في مسئله الجامع اذا كان البايع منكرا للعيب والرد بعد
القبض بغير قضا وهكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في جامعه وذكر
شمس الايمة السرخسي رحمه الله في صلح المبسوط لو اشترى امة بخمسين
دينارا وتقابضا وطعن المشتري فيها بعيب ثم اصطلحا على ان

لعله

يقبله البايع ان العيب كان عنده فعليه رد الدينار الباقي وان قال
لم يكن عندي ولم يقر ولم ينكر جاز له الدينار الباقي وهو قولهما ايضا
لانه اذا اقر ان العيب كان عنده فقد زعم انه كان مبطلا في
اخذه وان الامة عادت اليه بالرد كما خرجت من ملكه ولم يسلم له
ان يحبس شيئا من عينها وان قال لم يكن عندي فهو يزعم انه حبس الدينار
عما له اخذه والقول قول المشتري وذلك صحيح وكذلك اذا لم يقر
ولم ينكر لان السكوت بمنزلة المنكر وانما ينبني الصلح على قول من
يدعي جوازه ولو كان العيب لا يحدث مثله في مثل هذه المدة فعليه رد
الدينار الباقي لانا نعلم ان العيب كان عند البايع وذلك بمنزلة
اقراره به او اقوى لو كان اخذ من المشتري ثوبا وقبل منه السلعة
على ان يرد عليه الثمن كله فهذا وجنسه الدينار سوا للمعنى الذي
بينا ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة وقبضه ثم وجد باحدهما عيبا
فصالحه على ان يرده بالعيب على ان زاده في الثمن الاخر درهما فالرد
جائز وزياده الدرهم باطله في قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ولا يجوز
شي من ذلك في قول ابي يوسف رحمه الله لان الرد بالعيب بعد القبض
بطريق الصلح يكون اقاله والاقاله عند ابي يوسف رحمه الله بمنزلة
البيع المبتدا فاذا شرط فيه ان يزيد في الثمن الاخر درهما كان
هذا بيعا شرط فيه منفعه لاحد المتعاقدين منفعه لا يقتضيه البيع
فلم يجز وعندهما الاقاله فسخ في حق المتعاقدين ولا يتعلق بالجايز من
الشرط فالشرط الفاسد لا يبطله فلهذا جاز الرد عندهما وزياده
الدرهم باطله لانه جعل ذلك عوضا عن قبول الرد في الثوب المعيب
ومثل هذا المعاوضه لا يصح هذا كله اذا كانت الحاله بغير امر
المشتري فان ضمن في الوجه الثاني بامر المشتري جاز البيع والضمان
لما قلنا ولله نوا ان عنعها بعد قبض الالف من المشتري الكفالة به
الزياده اما على الوجه الاول الذي ذكرنا في الحاله بعينه اذا ثلاث

وكيل المشتري مطالب بالخمسمايه في الحال فصار كما لو اشتري بخمسمايه واما علي الوجه الثاني فلان الزياده صارت ثمنا في حق البايع والمشتري مطلقا ولهذا كان للكفيل ان يرجع بالزياده علي المشتري ولابطال الصفقه متفرقه لافتراق العاقدين والتسميه فوجب ان لا يتوقف حق قبض المبيع علي نقد الكفيل الا انا نقول الكفيل وكيل لان حكم عقده وقع للمشتري فكانت الصفقه متحده معنى وليس للبايع ان يطالب المشتري بالخمسمايه لان المامور بالزياده في الثمن والضمان عن المشتري حالة المثاوبه الوكيل بالشري لو زاد بصير بعض الثمن عليه فله حبس المبيع بعد الالتحاق ويستغني عن اضافة الزياده الي نسخ عقد المشتري لانه تعين للبايع المشتري حالة المثاوبه فكان بمنزلة الوكيل بالشري من الوجهين والوكيل بالشري اذا كان مامور بالشري والضمان بان امر الموكل بان يشتري له ويضمن عنه للبايع اذا كان مامور بالشري والضمان بان امر الموكل بان يشتري له ويضمن عنه للبايع فاشتري وضمن ليس للبايع ان يطالب الموكل بالثمن لان حقوق العقد في الشري لا ترجع الي الموكل كذلك هنا وان اذا ادى الكفيل يرجع بها علي الامر كالوكيل بالشري اذا ادى الثمن من مال نفسه وان ادى المشتري الجميع لم يرجع عليه الكفيل بشي ولو اشترى الوكيل وضمن وادى الموكل ليس للكفيل ان يقول لهذه الزياده علي فقد تطوعت وصار اداوك كاداي كما لو تطوع اجنبي اخر لان المشتري يودي شيا عليه لان قرار الضمان عليه فلا يكون متطوعا الا ترى ان المحيل اذا ادى دين المحتال له لا يكون متطوعا حتى يجبر المحتال له علي القبول ويرجع علي المحتال عليه لان قرار الضمان عليه ولو ان المشتري لم يقبض الدار حتى استحقت فانه يرجع علي الف وخمسمايه لانها فات عليه بالف وخمسمايه لان ما حصل ضامنا بعين الكفيل علي المشتري وظهرت الزياده في حقه وكذلك الشفيع ياخذها بالف وخمسمايه لان الشفيع انما ياخذ بما ملك المشتري وقام عليه وقد ملكها وقام عليه بالف وخمسمايه والفرق بين هذا وبين ما اذا اشتري دارا بالف ثم امر اخر بان يزيد في الثمن خمسمايه واد بنفسه فان الشفيع ياخذها بالف في الروايه لان اشترى بالف ثبت للشفيع حق الاخذ بالف فهو بالزياده يريد ابطال حق الاخذ بالف فلا علي ذلك اما هنا

ملك

ملك المشتري الدار الا بالف وخمسمايه فلا يثبت للشفيع حق الاخذ الا بهذا القدر لان الامر بالزياده حصل قبل الشري ولو لم ياخذ الشفيع ولكن المشتري وجد بالدار عيبا فردها بقضا او بغير قضا او تقايلا فعلى البايع للمشتري الف وللكفيل خمسمايه لان تلك الزياده حرت بينه وبين الكفيل الا ترى انه يطالب بها الكفيل دون المشتري وصار كان الكفيل اشترى ثلث الدار بخمسمايه والمشتري اشترى ثلثها بالف فلكل واحد منهما ان يرجع بما ادى ولان الكفالة لو كانت بغير امر المشتري كان علي البايع ذلك فاذا كانت بامره كان اولى وليس للمشتري ان يقبض الخمسمايه من البايع وان كان قد اداها الكفيل او ادى الكفيل بنفسه او كان قد اداها المشتري لاجل الكفيل لكن ياخذها الكفيل ويدفعها الي المشتري ان كان رجع الكفيل علي المشتري لان الكفيل بمنزلة الوكيل بالشري يرجع الحقوق اليه رجل اشترى دارا بالف درهم وقبضها ولم ينقدها حتى رد البايع احسن في الثمن خمسمايه فهذا علي وجهين اما ان زاد بامر المشتري او بغير امره وكل وجه علي وجهين اما ان ضمن الزياده او اضاف الي مال نفسه او لم يضمن ولم يضف الي مال نفسه فان زاد بامره ولم يضمن ولم يضف الي مال نفسه صحت الزياده ويكون المطالب بالزياده من جهة البايع المشتري دون الاجنبي الذي زاد والفرق بين هذا وبين ما اذا زاد بامر المشتري حالة المثاوبه والفرق وهو ان الاجنبي هنا بمنزلة الرسول والسفير عن المشتري لانه لا يستغني عن اضافة الزياده الي المشتري فانه لا بد ان يقول زد ذلك خمسمايه في ثمن العبد الذي اشتريه فلان فكان بمنزلة الوكيل بالخلع والصلح عن دم العمد فاما ثمه الاجنبي بمنزلة الوكيل لانه يستغني عن اضافة الزياده الي عقد المشتري لانعدام العقد في تلك الحالة وان ضمن واضاف فيها الي مال نفسه فالمطالب بالزياده ونفذ المامور دون المشتري لا نطوله بذلك حالة المثاوبه لا يطالب البايع المشتري فهنا اولى ويطالب المامور بحكم الضمان وليس له ان يمتنع عن الادا لانه التزم بالضمان والزعيم غارم ولانه شرط علي نفسه الادا والوفا بالشرط لازم خصوصا في المعاوضات وهو كالمامور بالخلع والصلح عن دم العمد اذا ضمن او اضاف الي مال نفسه واذا ادى يرجع علي المشتري كالمامور بالصلح والخلع هنا اذا زاد بامره وان زاد بغير امره

فان لم يضمن ولم يضف الى مال نفسه كانت هذه زيادة على المشتري لانه زيادة
في حق جرى بينه وبين البايع فكان الاجنبي فضوليا فيتوقف صرفه الى اجازة المشتري
كالفضولي في الخلع او الصلح اذا خالع او صالح مع الزوج او المدعي ولم يضمن يتوقف
على اجازة المراة والمدعى عليه لذلك هنا فان لم يجز المشتري بطلت الاجازة فان
اجاز جازت وكان المطالب بها المشتري دون الاجنبي لان الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء ولو اذن له في الابتداء كان الحكم ما ذكرنا كذلك هنا وان ضمن
او اضاف الى مال نفسه صح اجاز المشتري او لم يجز لانه التزم المال على نفسه وله التزام
المال على نفسه وله ولاية على نفسه ولا يظهر اثر التزامه ولا ضرر في حق
المشتري قبل الاداء من ماله كما لو زاد في حالة المشاداة بغير امره فان نقد الزيادة
للبايع ثم رد المشتري الدار بعيب بقضاء او بغير قضاء او تقايلا رجع المشتري على
البايع بالف والاجنبي بخمسمائة كما ذكرنا في الزيادة حالة المشاداة ثم في كل موضع
ظهرت الزيادة في حق المشتري بان كانت بامره او اجاز ظهر حكم الزيادة في
الثمن او بعد العقد وله ولاية التعيين لمطالبة البايع اياه لانه زاد بنفسه حتى لو لم
يكن المبيع مقبوضا لا يكون له ان يقبض المبيع ما لم ينقد الثمن كله ويبيعه مرابحة
على الف وخمسمائة كما قلنا في حالة المشاداة لكن الشفيع ياخذها بالف لانه استحق
الاخذ بالف فلا يعتبر الصفة في حقه بتغير المشتري واذا اخذها بالالف يبطل الزيادة
لان الشفيع انما اخذها بحق سابق على الزيادة لان حقه تعلق بزوال ملك البايع وان
تعلق بثبوت ملك المشتري لكن ثبوت ملك المشتري سابق على الزيادة فبطلت
الزيادة من الاصل لان الاستحقاق اذا تقدم على الزيادة كانت الزيادة على تلك العين يبطل
ولانه انما زاد في الثمن ليسلم المبيع للمشتري فاذا لم يسلم يرجع بالزيادة سواء اخذها
الشفيع بقضاء او بغير قضاء فرق بين الزيادة وبين الصلح فان من اشترى دارا
وقبضها ولم يقبضها فجاء رجل وادعى الدار له فصالحه المشتري من غير اقرار على خمسمائة
درهم ثم حضر الشفيع واخذها بقضاء بطل الصلح ويرجع المشتري على المدعي
ببدل الصلح لانه اخذها بحق سابق على الصلح لان الصلح على الانكار شرع في حق المدعي
ولو باعها حقيقة ثم اخذ الشفيع بالبيع الاول يبطل الثاني لانه رجع المشتري على المدعي

ولان

ولان القاضي لما قضى له بالشفعة فقد قضى بصحة ذلك البيع لان الشفعة انما تستحق
بالبيع الجايز فكان من ضرورته بطلان الصلح ولو اخذها بغير قضاء لم يرجع المشتري
على المصالح بشيء لان الاخذ بغير قضاء عقد لبيع جديد في حق المصالح فلا يظهر بطلان
الصلح والفرق ان في الصلح المدعي ينكر حق الشفعة بالبيع ويزعم ان البيع كان باطلا
الا ان اخذ الشفيع اذا كان بقضاء يصير مكذبا باجماع فيبطل زعمه واذا كان بغير قضاء
لم يبطل زعمه فبقيت الدار ثابتة للمشتري بزعم المصالح اما في الزيادة استحقاق
الشفيع ثابت في زعم البايع والمشتري والاجنبي جميعا فيستوي فيه القضاء
وعدمه والدليل على ان الشفيع اخذها بحق سابق ما ذكر في الزيادات رجل
اشترى دارا بالف ورجل اخر شفيعها ثم وهبها المشتري من رجل وسلمها اليه ثم حضر
الشفيع قبل الهبة كان له ان ياخذ نصفها فكذلك بعد الهبة لان الواهب لا يملك
ابطال حق الشفيع واذا اخذ نصفها بطلت الهبة في الباقي لان حق الشفيع ثبت
عند زوال ملك البايع قبل ثبوت ملك المشتري حتى لو اشترى دارا بشرط
الخيار ثبت للشفيع حق الشفعة وان لم يملكها المشتري عند ابي حنيفة رحمه الله
فتصير هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فيبطل وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا
اشترى جزءا من دار ثم اشترى الباقي اخذ الا الشفعة كان للشفيع ان ياخذ
الكل ان شاء لا الاجنبي المالك لانه اخذ الجزء الاول بحق سابق فيصير شريكا
في الدار الا انه خلاف ظاهر الرواية وهذا بخلاف ما اذا وهب المريض دارا
لرجل وسلم ثم نقضت الهبة بعد موته في الثلثين بحق الورثة لا يبطل في حق
الباقي لان ذلك شيوع طارئ اما في مسئلة المريض فكان ذلك استحقاق بحق
متاخر عن الهبة لان سبب استحقاق الورثة الميراث والارث يكون بعد
الموت ولهذا لو اجازوا الهبة قبل الموت لا يعمل اجازتهم واثر المرض في الحجر
عن التصرفات المبطلة لحقه والعين ما دام ان تصرفات المريض تحتمل
النقض ينفذ في الحال ثم ينقض اما الرجوع لان الواهب ما استحق النقض بحق
سابق لان حقوق الرجوع تثبت بالهبة فيثبت حرجها ولا يكون سابقا بل يكون
طاريا ولو رد المبيع بعيب بقضاء او بغير قضاء او تقايلا رجع المشتري بجميع

الثمن كما قلنا في حالة المساومة وهذا اذا كانت الزيادة بامر المشتري وان
زاد بغير امره صحت الزيادة في حقه ان ضمن ولا يظهر في حق المشتري لانه قصد
بعينه تصرفه فلا يكون متبرعا بل يكون طارئا ولو رد المبيع بعيب نقضا او لغيره
قضاء الثاني لا يرجع المشتري بجميع الثمن كما قلنا في حالة المساومة وهذا اذا كانت
الزيادة بامر المشتري وان زاد بغير امره صحت الزيادة في حقه ان ضمن ولا يظهر في
حق المشتري لانه قصد تغيير تصرفه فلا يكون له سبيل منه بغير رضاه حتى لا يسوغ
قبل قبض المشتري على نقد الزيادة ويتبعه من الحجة على القول لان الثمن في حقه هذا
القدر كما قلنا في حالة المساومة ولو تقايلا او رد بعيب بقضاء او غير قضاء رد
البائع الزيادة على الاجنبي لارتفاع العقد مطلقا في حق المتعاقدين فان الزيادة كانت
في العقد ولانه انما زاد لغرض الحصول ملك المبيع للمشتري وقد لم يسلم له عوضه وياخذها
الشفيع بالف ويسترد الاجنبي الزيادة لما ذكرنا انه احد حقوق ... بعض
هذا التصرف من الاصل ولانه انما زاد ليسلم الموجب للمشتري في الحال اي غيره
له ان يرجع في ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا كانت الزيادة في اصل العقد بغير امره
وقد اخذ الشفيع بالف هل له ان يرجع في الزيادة على قياس المسألة السابقة يرجع لانه
لم يسلم له عوضه ولا يرجع على قياس الوجه الاول لان التشفيع استحق بجهة ان
تعرف الزيادة فلا ينتقض بنقضه ... اشترى جارية وغلاما
فوجد بها عيبا فصالحه اجنبي على مائة درهم يريد بها اياه لم يجز الا ان يضمنها او يجعل
بائع الغلام ان كانت بامره وان كانت بغير امره فهي موقوفة فان اجازها كانت عليه
دون المصالح وان لم يجزها بطل الصلح لان الصلح بطريق الزيادة من الاجنبي لان بائع
الغلام لو صالح بنفسه لا يستفيد بهذا الصلح مالا من حيث الحقيقة وانما يستفيد
من حيث القسمة وهو احد الغانب الذي يستحقه مشتري الغلام نصيب الغلام
تسميته فكذا اذا صالح اجنبي كما في الزيادة في الثمن من المشتري لما صح من
غير ان يستفيد بازائها الا حقيقة صحت من الاجنبي فكذا تفصيل ما ذكرنا في
الزيادة من الاجنبي فهو التفصيل في الصلح قال محمد رحمه الله في الاصل
عقيب مسألة الصلح وهذا قياس قول ابي يوسف الاخر رحمه الله في الصلح وهو

قول

قول محمد رحمه الله فقد بين ان لابي يوسف رحمه الله فيها قولان اول واخر ففي قوله
الاول لا يصح الزيادة من الاجنبي كما لا يحط اصل الثمن على الاجنبي ثم رجع وقال يصح والزيادة
من الزيادة واصل الثمن ما ذكرنا والله اعلم بالصواب

باب القصاص في السلم ما اشترى من الذي اسلم

اصل الباب ان شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن من كل وجه لا يجوز وشرى
ما باع قبل نقد الثمن من وجه لا يجوز ايضا الا ان في الوجه الاول انما لم يجز لما فيه
من الربوا عقيب النهي عن هذا البيع فان في هذا البيع ربوا والربوا من هذا الوجه
يلحق الربوا من كل وجه احتياطا لامر الحرمة وهذا عندنا وهو استحسان وفي
القياس وهو قول الشافعي رحمه الله يجوز شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
وشراؤه بمثل الثمن الاول او باكثر منه يجوز بالاجماع وان تعيب المبيع في يد
المشتري يجوز شراؤه باقل من الثمن الاول بالاجماع يسيرا كان العيب او
فاحشا له العمومات المقتضية لجواز البيع وقياسا على البيع الاول لان
الاول انما جاز لصدوره من اهله مضافا الى محله عن ولاية وانه موجود في
الثاني ولان المشتري ملكه في البيع قبل القبض فصح بيعه باي مقدار من
الثمن كما لو باعه من غيره الا ترى انه لو وهبه من البائع جاز فكذا بيعه
منه ولانه لو باعه من غيره ثم باعه ذلك الرجل من البائع باقل من الثمن الاول
جاز فكذا اذا باعه المشتري منه ولانه لو فسد انما يفسد لعدم النقد
وعدم النقد لا يفسد البيع كما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او باكثر وكما اذا
اختلف الجنس ولانه لو اشترى بمثل الثمن الاول جاز فلو فسد انما يفسد لاجل
الفضل والفضل انما يحرم عند المقابلة بالجنس والمقابلة هنا بين الدراهم والمبيع
لا بين الثمن والثمن وانما يسقط الثمن على المشتري الاول بحكم المقاصة فصار
كما لو وجب على البائع دين من جنسه بسبب اخر دل عليه اذا تعيب المبيع
الا انا استحسنا بحديث عائشة رضي الله عنها ان امراة دخلت عليها وقالت
اني بعت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة
درهم قبل حل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت

ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
فاتاها زيد بن ارقم رضي الله عنه معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه
فانتهى فله ما سلف الاية فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم
وانما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان اجزية الجرائم لا تعرف بالراي
وقد جعلت جزاء على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا ان ذلك كالمسموع
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان ما طريقه الاجتهاد لا يطلق على فاعله بطلان
عمله واحباط عبادته فعرفنا انه كان بالسماع واعتذار زيد رضي الله عنه دليل على ذلك
لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه
فيها ولا يجوز ان يقال انما الحقت الوعيد لاجل الاجل الى العطاء لان مذهب عايشة
رضي الله عنها جواز البيع الى العطاء وقيل وقت العطاء معلوم في زمانهم لا يتقدم
ولا يتاخر فيجوز البيع اليه اجماعا وقد كرهت العقد الثاني فعرفنا انها
انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانه تطرق به الى العقد الثاني
فكانت الكراهة لمعنى في غيره وهو منفصل عن العقد فلا يفسده وان كان يقتضي
الفساد الا انا تركنا العمل به في العقد الاول ولا يلزمنا منه الترك في العقد الثاني
والمعنى فيه انه استربح على ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح
ما لم يضمن وبيانه ان الثمن لم يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي
زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى
فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او باكثر لان الربح يحصل للمشتري والمبيع قد
دخل في ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشتري هناك
ربح ولا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البائع الاول من المشتري الثاني لانه
لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان
على ما ذكرنا قال فان دخله عيب لان الملك لم يعد اليه على الصفة التي خرج
عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن لانه يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي
احتبس عند المشتري حتى اذا كان النقصان بنقصان السعر لا يعتبر لانه
فتور في رغبات الناس وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يتحقق الربح

باقل وكذلك لو اشتراه بجنس اخر من غير جنس الثمن الاول لان الربح لا يظهر عند اختلاف
الجنس والفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشتراه بجنس
الثمن الاول بالفضل يظهر من غير تقويم ولو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه
بالدنانير وقيمتها اقل فهو جائز في القياس وهو قول زفر رحمه الله لانهما جنسان
وفي الاستحسان لا يجوز لانهما جنس واحد وقد ذكرناه في باب الصرف وان الحرمة
لاجل الربوا وانه مبني على الاحتياط فيجعل الثابت من وجه كالثابت من كل وجه
وحرف آخر ان دين الصرف والسلم يستوفى لان قابل الوجوب
الاستيفاء ولا يستوفى به دين اخر كان عليه قبل الصرف والسلم لان المسلم فيه
مبيع دين والاستبدال به بيع الدين وبيع العين المنقول قبل القبض حرام فبيع
الدين اولى لان العين تقبل من التصرف ما لا يقبله الدين والمبيع العين لا
يجوز ان يقبض ولا يقضى به دين اخر فكذلك المبيع الدين وبدل الصرف مبيع من
وجه لان البيع لا يخلو عن مبيع وعن ثمن وليس احدهما بجعله مبيعا اولى فكان كل
واحد منهما مبيعا من وجه فيجعل في حرمة الاستبدال مبيعا من كل وجه احتياطا
وعلة الاستيفاء والاقتضاء وجود قبض مضمون بعد عقد الصرف والسلم
من جنس المسلم فيه قبضا صحيحا فاما اذا وجد القبض قبل عقد الصرف والسلم
فدين الصرف والسلم يكون قضاء لما قبله لما عرف ان في المقاصة اخر الدينين
قضاء عن اولهما واولهما لا يكون قضاء عن اخرهما لان القضاء لا يسبق الوجوب
ولهذا يسمى المستقرض قاضيا والمقرض مقتضيا وكذا ان ضمان العين
الواجب بالقبض للغصب والاتلاف في حكم العين قبل القبض لانه لو كان
غيره والعين المقبوضة بدلا عن الضمان او الدين في حكم عين الاولى لا يمكن
الاستبدال به قبل القبض يجعل في حكم العين ضرورة ويجعل كان العقد ورد
عليه لما ذكرنا ان القبض يشبه العقد من حيث انه يتاكد به ملك الرقبة
ويملك به ملك التصرف اما الاول فلان سبب الضمان هو الاخذ وانه يوجب
رد الماخوذ بعينه بالنص الا انه لما عجز عن رده بعينه لزمه الرد بمعناه ولما
لزمه بسبب الاخذ لا بسبب اخر كان على حكم الاول وان تبدلا اسما فالضمان

في الكفالة عند العجز يصير الكفيل به اثباتا لاصل الواجب لان المستبدل لا يكون
عوضا عن الحق ويكون المبادلة في احكامه لا في نفس الواجب وكذلك الحوالة فان
الواجب في ذمة المحتال عليه هو الواجب في ذمة المحيل والمبادلة انما تكون في الذمة
واما الثاني فلان المقبوض عين وانه غير الدين وقد تعين بنفسه وتجدد وهو
المقبوض فلا يجعل عين الاول حكما الا بدليل شرعي يلزمنا ذلك لتدع الحقيقة
بالحكم وذلك فيما لا يمكن الاستبدال به قبل القبض كالصرف والسلم لقوله عليه السلام
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك فيجعل عين الواجب بالعقد ورد عليه فاما
فيما يمكن العمل بالحقيقة فلا وحاصله ان القضاء بعين الواجب في ذمته لان
الدين الواجب في ذمته اسم لمال واجب غير عين ثم هو مطالب بتسليم مال من جنسه
قضاء في نفس حق الواجب القبض بعينه وفي حق ما يرجع الى العين على كل حال مبتدا
فمنع من تعيين الواجب حكما معنى منع من غلبة حكم ابتداء الوقوع عليه كما من وجه
احتياطا لما ذكرنا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اسلم الى
رجل مائة درهم في كر حنطة ثم ان المسلم اليه اشترى من رب السلم كرا من طعام
مثل كر السلم بمائتي درهم الى اجل وقبض المسلم اليه الكر ولم ينقد حتى حل اجل
السلم فقضاه ما عليه من طعام السلم بالكر المشترى قبل نقد الثمن لا يجوز لان
رب السلم صار مشتريا ما باع قبل نقد الثمن من وجه بيانه ما ذكرنا ان للقبض
شبها بالعقد فصار كانه باع الكر بمائتي درهم ثم اشترى منه بمائة درهم قبل
نقد الثمن ولو كان كذلك من كل وجه لا يجوز فكذلك اذا كان من وجه
فان قيل ان صار مشتريا من وجه باعتبار القبض فلما اشترى
بكر السلم كر حنطة باعها منه بمائتي درهم ثم اشتراها بكر حنطة قبل نقد
الثمن ولو كان كذلك جاز فكذلك هنا قيل له هذا هكذا ان لو كان المقبوض
من المسلم اليه غير المسلم فيه بدلا عن المسلم فيه وليس كذلك بل هو عين المسلم فيه
حكما كيلا يؤدي الى الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض واذا ثبت
هذا كان بعض رب السلم الحنطة التي باعها من المسلم اليه بمائتي درهم يشترى
منه بمائتي درهم من وجه قبل نقد الثمن لهذا كما ذكر في الجامع الصغير

اذا اسلم الى رجل في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامره
بقبضه قضاء بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه فيكيله له ثم يكيله لنفسه
جاز لان ما باع قبل الشرى كان دينا وانما يصير عينا بالتعيين عند اقتضاء رب
السلم فيصير كان رب السلم اشترى الكر منه عند القبض ومن اشترى
طعاما مكايلة لم يجز له بيعه والتصرف قبل الكيل فان اقتضاه وجب عليه رده
الى المسلم اليه ما دام قائما على رده لانه صار مقبوضا بحكم قضاء فاسد فكان
واجب الرد فان لم يرد حتى استهلكه او هلك فعليه مثله للمسلم اليه لان
رب السلم صار مقتضيا الدين بقضاء فاسد والمقبوض بقضاء فاسد كالمقبوض
ببيع فاسد لان في القبض معنى البيع والمقبوض ببيع فاسد يجب على القابض رد
عينه ان كان قائما ورد مثله ان كان هالكا فكذلك المقبوض بقضاء فاسد
فان قضى القاضي عليه بمثله ثم اصطلحا ان يكون قصاصا بكر السلم لا يجوز
الا ان يقبض منه ثم يعطيه بالسلم وانما لا يجوز لما ذكرنا ان ما في الذمة بعد
المقبوض حكما ما دام المقبوض لا يصلح ان يكون قضاء فكذلك ما كان
عنه حكما وكذلك لو غصب ابريق فضة او ذراعا او دينارا او كر حنطة
او شعير واستهلكه وقضى القاضي عليه بالقيمة او المثل ثم افترقا قبل القبض
لا يبطل القضاء لان هذا عين ما في ذمته حكما ولو جعل بدلا عما في الذمة يبطل
القضاء لانه صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وهذا لانه لم يوجد هنا الاقتضاء
لما ذكرنا ان الاقتضاء ان يوجد من رب السلم بعد القبض بحيث لو كان القبض
فاسدا او لا يمكن اثبات الاقتضاء حال كون الكر عينا ولا يمكن اثباته بعد ما صار
دينا الا ان حالة المقاصة لم يوجد منه قبض بعينه الاقتضاء فقبض عين بانا دفع اليه
ثم دفع اليه من السلم لان هذا قبض عين صحيح فوجد صورة الاقتضاء وانما قلنا
ان القبض صحيح لان بهذا القبض لم يصر مشتريا ما باع باقل مما باع قبل
نقد الثمن لان هذا الكر الذي اقتضاه رب السلم ليس هو الكر الذي وجب على
رب السلم جاز قبل القبض لانه دين لم يجب بعقد صرف ولا سلم وهو الامن من
الاستبدال الا انا نقول انما لا يجوز لذلك اذا تقدمه قبض بدله فالقبض يصير

كالمستوفي وما تقدم من القبض لا يصلح للاستيفا هنا لفساده لما قلنا بخلاف
ما ذكر في الزيادات اذا اسلم الى رجل مايه درهم في كر حنطه وسط الى اجل معلوم
ثم ان رب السلم باع من المسلم اليه عبدا بكر حنطه وسط في الذمه وقبض الكر
الثمن ولم يدفع العبد حتى هلك في يده او انتقض البيع بينهما انما هو فسخ من
كل وجه كالرد بخيار الرويه او الشرط او الرد بالعيب قبل القبض بقضا
او بغير قضا او بعده بقضا ووجبت على البايع العبد رد الكر الثمن ولم يرد
حتى حل السلم يصير الثمن قصاصا بالسلم تقاصا او لم يتقاصا لان عنه وجد
قبض مضمون صحيح بعد عقد السلم فيصير استيفا للسلم حتى لو كان
البيع قبل السلم لا يصير قصاصا وان تقاصا لانه لم يوجد صوره الاستيفا
وهو قبض مضمون بعد عقد السلم في لمحمد رحمه الله في الكتاب وانما
هذا عنزله كر استقرضه المسلم اليه من رب السلم فباع و قبض رب
السلم المتاع ثم اصطلحا على ان يكون الكر الذي هو ثمن المتاع ثم قضي
به كر السلم جاز هكذا ذكر في بعض روايات هذا الكتاب و ذكر في بعض
الروايات هذا عنزله كر استقرضه رب السلم من المسلم اليه ولهذا الاصح وهو
طعن العلم لان رب السلم متى اشترى من المسلم اليه كرا فباع يكون الكران
جميعا لرب السلم فكيف يكون احدهما قصاصا عن الاخر ثم لما لم يجز ان
يكون قصاصا في مسله الاستهلاك لان المسلم اليه صار قابضا دين السلم
بالبيع قبل القبض وقضا الدين بمعنى البيع فيكون بايعا المبيع قبل القبض
وانه لا يجوز وفي مسلتنا انما لا يجوز لانه شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد
الثمن فقد اتفقا في الحكم وان اختلفا في العله هذا اذا صح رب السلم الكر
الذي قبضه من المسلم اليه او استهلكه فلو لم يطحن ولم يستهلكه الا انه
اصابه عيب عنده فالمسلم اليه بالخيار ان شا اخذه بعيبه ولم يرجع عليه بشي
من النقصان لانه لو رجع بالنقصان يودي الى الربوا لانه يصل اليه كر مثل
كره وزياده شي وان شا ترك الكر وضمنه مثله كما في الغاصب والمشتري
شرا فاسدا اذا تعيب المغصوب او المبيع عنده والعوض من الاموال الربويه

يخير المالك كذلك هنا وعند الشافعي رحمه الله له ان ياخذ الكر من الغاصب
ويضمنه النقصان بنا على اصله ان الجوده في الاموال الربويه قيمه كما
في سائر الاموال الاخرى ان لها قيمه اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمه
في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجوده او فواتها بنفسها
وما لا يتقوم شرعا فالجنس وعند الجنس فيه سوا كالخمر والصعر في الملاقي
والعار فيتم وجوب ضمان النقصان لا يودي الى الربوا لان حكم الربوا
يجري في المتقابلات على طريق وذلك لا يوجد هنا خصوصا على اصله فان
ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون لكنا نقول لا قيمه للجوده
في هذه الاموال منفرده عن الاصل قال عليه السلام جيدها ورديها سوا
بعين في المالية التي ينبني عليه العقد ولان الاعتياض عن هذه الجوده حتى
لو باع قفيز حنطه جيد بقفيز حنطه رديه ودرهم لا يجوز وما لا يكون
متقوما شرعا فالاعتياض عنه جايز وبهذا فارق الجنس وعند الجنس
الخيار عندنا ليس لفوات الجوده بل للضرر المتمكن بتبعله في العين اذا ثبت
انه لا قيمه للجوده منفرده عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان قيمه
افراد الجوده عن الاصل فاما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه افراد الجوده
عن الاصل وهي متقومه مع الاصل تبعا فلهذا كان له ان يضمنه المثل فاراد
ان يضمنه مثله وقضي له بذلك يجعل قصاصا من السلم لم يجز لان حق
المسلم اليه استقل الى كر مثله في الذمه بالقضا كما في الاستهلاك فيه لم
يجز كذا هذا وان قبضه ثم نقض جاز لانه لو قبضه ثم قضاه جاز لما
ذكرنا انه عين يصلح للقبض وهو غير ما اشتراه حقيقه وحكما
وان اختار المسلم اليه اخذ الكر بعينه فلم يقبضه حتى جعله قصاصا
عن الكر السلم جاز لانه تعذر تجويز هذا الاقتضا بالقبض الماضي لفساد
القبض والاقتضا امكن تجويزه بالقبض القايم للحال وهو حالة المقاصه
لوجود حد الاقتضا وهو قبض مضمون بنفسه والقبض صحيح لان بهذا
القبض يجهز الاقتضا وان صار مشتريا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن

من وجه الا ان الشري في نفس الحال من كل وجه باقل مما باع قبل نقد الثمن
يجوز لانه لا يؤدي الى الربوا لانه لم يعد اليه الا كما خرج عن ملكه فكان
ما بقي من الثمن بازاء العيب فكذا الشري من وجه فان قيل هذا اشكال لان
لو حدث العيب في يد المشتري وهو المسلم اليه لان ما حدث من العيب في بيع
لا يكون مضمونا عليه لانه في بيع محكوم بصحته فكان الفائت بالعيب فائتا
لا الى خلف فتحقق العيب وفي مسئلتنا الكر تعيب في يد رب السلم وما من العيب
في بيع مضمون عليه لانه في بيع محكوم بانتقاضه فكان الفائت بالعيب
فائتا الى خلف والفائت الى خلف القائم يعني ولو كان قائما بان لم يتعيب
وجعله قصاصا بكر السلم لا يجوز فكذلك هنا فنقول المسلم اليه
لما اختار اخذ الكر بعينه صار مبريا له عن ضمان العيب لانه لا يجوز
للمسلم بعدما اخذ كره بعينه ان يضمن رب السلم نقصان العيب واذا وقف
البراءة عن نقصان العيب صار الفائت فائتا الا الى خلف فيتحقق العيب الا انه
بعدما اختار المسلم اليه اخذ الكر بعينه معيبا لا ينفسخ المقاصة ما لم يتراضيا
على ذلك حتى لو جعل احدهما ذلك قصاصا وابى الاخر لا يصح قال
مشايخنا رحمهم الله ينبغي ان يشترط رضى رب السلم لانه دون حقه
ولا ينبغي ان يشترط رضى المسلم اليه لانه لا ضرر في حقه وصاحبه يجوز
بدون حقه لما ذكر بعد هذا الا ان الاصح انه يشترط رضاهما كما ذكر
محمد رحمه الله لان فيه ضررا على صاحبه اما على رب السلم فلان في هذا اسقاط
حقه عن الجودة واما المسلم اليه فلانه اجبار على اخذ الكر بعينه انما ابراه
عن نقصان العيب بشرط ان يصل اليه عين الكر لغرض له في عينه ولان له
حق الاسترداد لينال الفضل فلا يسقط حقه الا برضاه ولان رب السلم
اذا رضي فقد اراد ان ياخذ بحقه كان [illegible] في رضاه لانه اراد ان
يبرئ نفسه عن ضمان الاول بوصف الجودة فلهذا يشترط رضاهما ولم يذكر
محمد رحمه الله في الكتاب انه اذا اصطلحا على المقاصة قبل ان يختار المسلم
اليه شيئا هل يجوز قالوا وجب ان يجوز لان اصطلاحهما على المقاصة لا

يصح الا بعد ان يختار المسلم اليه الكر بعينه فيتضمن ذلك اختيار اخذ الكر
بعينه ثم اتفقا على المقاصة ولو لم يجعله قصاصا وقبض المسلم اليه نفسه
ثم اغتصب منه رب السلم رضي بدون حقه حيث قبض الكر المعيب ولا يشترط
رضى المسلم اليه لانه لا ضرر له فيه لانه وصل اليه شرط ابرائه عن نقصان
العيب وهو عين الكر وهو ظفر بجنس حقه من مال مديونه فكان له ان ياخذ
وان كان فيه بعض ما يرى بان باع باقل مما باع لكن بعد حدوث العيب الا ترى
انه لو اخذ كرا اخر بغير رضاه له ذلك ويصير قصاصا بالسلم ولو ان
رب السلم طحن الكر بعدما تعيب عنده او استهلكه وقضي عليه بمثله ورضي
ان يجعله قصاصا وبه العيب فالاشكال لنا ان يحله قبل الطحن بالعيب
الذي حدث به فجعله قصاصا الا ان ايضا لم يمكن ذلك لان الاقتضاء
اما ان يقع بضمان العين او بالدقيق لا وجه الى الاول لان ضمان العين دين
والدين لا يقتضي دين السلم لما ذكرنا فلم يوجد الاقتضاء لا اشكالا ولا [illegible]
ولا وجه الى الثاني لان الدقيق غير المسلم فيه فلا يصح الاقتضاء لانه يكون
استبدالا لانه ملك الطاحن بخلاف ما قبل الطحن لانه عين المسلم فيه
وهو شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بعد حدوث العيب ولان الا
باستهلاكه انقطع الحق عن العين ووجب مثله [illegible] والتسليم لا يصلح
قصاصا الا انه شرى ما باع باقل مما باع والضمان حكم المضمون الا اذا
نقد وسلم فيجوز لان المعوض غير الواجب بخلاف ما اذا كان العيب
قائما ولو غصب رجل من المسلم اليه الكر الذي اشتراه من رب السلم اليه
رب السلم على الغاصب به وهو قائم في يد الغاصب بحاله فالحوالة باطلة
وكذلك لو كانت وديعة في يد غيره واحاله على المودع فالحوالة بعين الوديعة
لانه بيع الحوالة امر غيره بدفع الكر الى رب السلم ولو تولى ذلك بنفسه
لم يجز لما قلنا فكذا اذا امر به غيره فاذا دخله عيب عند الاجنبي ورضي
به رب السلم جازت الحوالة لان المسلم اليه لو تولى بهذا القضاء بنفسه
جاز فكذا اذا امر غيره بالقضاء ولو هلك الكر عند الاجنبي بعد ما قبض

فعي الوديعة تبطل الحوالة لفوات غير ما تعلقت به الحوالة لانه اضاف الحوالة الى العين
وقد تحولت الى الخلف وفي الغصب لا تبطل لانه فات الى خلف فتبقى الحوالة وكان
لرب السلم ان ياخذ من الغاصب كرا مثل الكر المغصوب قضاء لسلمه ويكون الاقتضاء
جائزا لانه وجد قبض عين مضمون بنفسه وهو صحيح بعد عقد السلم فوجد
حد الاقتضاء فرق بين هذا وبينه اذا اقبض رب السلم وهلك في يده حتى وجب مثله
في ذمته واصطلحا ان يجعلاه قصاصا لم يجز والفرق ان ما حد الاقتضاء القائم لم يوجد
لا سابقا ولا لاحقا على ما ذكرنا اما لاحقا فظاهر واما سابقا فلانه لم يوجد سابقا وان استهلك
الغاصب الكر قبل ان يدفعه ثم احال رب السلم على الغاصب بالكر الذي استهلكه
جازت الحوالة واذا قبضه فهو قصاص لان هذا في حقيقة امر القبض منه قضا
بحقه فيقع قبضا اولا لا الامر لنفسه ولو قبضه بنفسه ثم قضاه جاز لانه
في اخر عند المشتري حقيقة وحكما فكذا اذا اقبض عن يامره وفرق بين
هذا وبينما اذا اقبض رب السلم واستهلكه حتى وجب المثل في ذمته ثم جعلاه
قصاصا لم يجز والفرق ما ذكرناه انفا ولو كانت قبل الاستهلاك لم يجز
والفرق ان قبل الاستهلاك الكر عين ما اشترى به من رب السلم فيصير بايعا ما
اشترى قبل نقد الثمن من حجة وبعد الاستهلاك الكر الذي يقع به الاقتضاء
بدل ما اشتراه من رب السلم فلا يصير بايعا ما اشترى ولو كان الكر بحاله
في يد الغاصب والمودع وقت الحوالة حتى لم يجز ثم حدث به عيب او هلك في يده
كانت الحوالة باطلة لانها وقعت باطلة حال وجودها فلا تنقلب جائزة الا بالتجديد
ولم يوجد بخلاف ما اذا كانت هالكة او مستهلكة وقت الحوالة فقد ذكرنا ان بهلاك
الوديعة تبطل الحوالة المقيدة بها وذكر في الزيادات في الباب الطويل المولى اذا
احال غريما له على المكاتب بحوالة مقيدة بالمكاتبة ثم اعتقه بعد اعتاقه وبطلت
الكتابة لوقوع الاستغناء عنها ولا تبطل الحوالة استحسانا ياخذ المحتال له ذلك
من المكاتب ثم يرجع المكاتب على المولى والقياس ان تبطل الحوالة وهو قول زفر
رحمه الله وكذلك لو كانت ام ولد واحال عليها بدل الكتابة غريما له ثم مات عتقت
وبطلت الكتابة ولا تبطل الحوالة استحسانا وكذلك لو باع عبدا واحال بالثمن

على المشتري غريما له ثم انفسخ البيع بينهما بهلاك المبيع قبل التسليم او بخيار رؤية
او شرط او عيب قبل القبض وبعده بقضاء بطل الثمن ولا تبطل الحوالة قياسا واستحسانا
وكذا لو استحقت الوديعة والغصب او هلكت الوديعة تبطل الحوالة قياسا
واستحسانا وكذا في الحوالة المقيدة بالدين اذا مات المحيل مفلسا لو جحد الدين من
المحال عليه وينقسم بين الغرماء بالحصص المحتال له احدهم استحسانا وتبطل الحوالة
بقدر ما استحق على المحتال له حتى لا يرجع على المحال عليه بنقصه دينه وجه
القياس انه لم تتقيد الحوالة المطلقة وقد فات ما تقيدت به الحوالة فتبطل كما
في الاستحقاق وهلاك الوديعة ولنا ان الحوالة قد صحت واوجبت حقا للمحتال
له فلا يبطل بفوات ما تقيدت به الحوالة اذا فات بفعل المحيل او المحتال عليه كما
لو احال بالثمن على المشتري ثم تقايلا وفي الاعتاق بطلت الكتابة بفعل المولى
فلا تظهر في حق المحتال له وكذا الرد بخيار الشرط والرؤية والعيب بطل الثمن
بفعل المحيل والمحتال عليه فلا تبطل الحوالة بمنزلة الاقالة الا ترى ان الفسخ بهذه
الاشياء لا يبطل حق الشفيع يجعل بمنزلة الاقالة وفي هلاك المبيع قبل التسليم
انفسخ البيع بما هو مضاف الى البائع وهو ترك التسليم اما في الاستحقاق و
لم يبطل ما تعلقت به الحوالة بفعل المحيل والمحتال عليه ولا بحكم القايم فيبطل
الحوالة وفي موت المحيل بطل ما تعلقت به الحوالة باستحقاق الغرماء فيبطل
واما في الاستحقاق لو بقيت الحوالة لبقيت اذا المال من غير المستحق وسلم
الى المحتال له وهو لم يلتزم الا من ذلك وفي الوديعة لو بقيت الحوالة لصير
الوديعة مضمونة عليه وهو لم يلتزم ضمان الوديعة اما في غيرها من المسايل
لو بقيت الحوالة لم يلتزمه الا قدر ما التزم فبقي والله اعلم بالصواب

باب العيب في المبيع ما يكون عيبا وما لا يكون

اصل الباب ما ذكرنا ان البيع يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب
وظهور العيب عند المشتري شرط لصحة الخصومة والدعوى وكونه عند البائع شرط
لثبوت حق الرد وعلم المشتري بالعيب وقت البيع او وقت القبض يبطل حقه في
الرد لانه يدل رضاه بالعيب ولكن لا يثبت للمشتري الثاني حق الرد عليه ان مجرد

العلم لا يكون اقرارا منه بالعيب وعلم البايع بالعيب لا يبطل الرد للمشتري
واقرار المشتري الاول بالعيب يبطل حقه في الرد ويثبت للمشتري منه حق الرد
عليه لان اقرار الانسان حجة اذا عرفنا هذا فان لـــــ محمد رحمه الله رجل
قال لاخر عبدي هذا ابق فاشتره مني فاشتريه ثم وجده ابقا فليس له ان يرده
بالاباق لانه علم بحدثه ابقا حالة البيع باضافة البايع الاباق اليه واخباره
انه ابق فاسقط الرد واقصى ما في الباب انه لم يعرفه المشتري لكن لا جاان
يرده بعيب الاباق فقد صدق البايع في اخباره انه كان ابقا يوم البيع فصار
مقرا انه اشتريه وهو معيوب العيب عالم به فلا يكون له حق الرد فان باعه
المشتري من غيره وقبضه ثم وجد المشتري الثاني ابقا فاراد رده وجحد
المشتري الاول الاباق فاقام المشتري الاخر البينة على مقالة البايع الاول
لم يستحق بذلك شيئا لانه لم يوجد من المشتري الاول الاقرار بكون العبد
ابقا لا نصا ولا دلالة فلو رد المشتري الثاني على المشتري الاول فانما يرد
باقرار البايع الاول واقراره حجة عليه لا على غيره وانما قلنا انه لم يوجد
من المشتري الاول الاقرار لان قول البايع الاول عبدي هذا ابق فاشتراه
منه ليس بكلام يقتضي جوابا بل هو امر للمشتري بالشرى وليس بشطر البيع
حتى يقتضي جوابا واذا لم يكن قول البايع هذا ما يقتضي جوابا لم يصر
المشتري مجيبا فلا يصير كالمتكلم بما خاطبه البايع لهذا لا يتم البيع
بقوله اشتريته ولو كان قول البايع شطر العقد ويقتضي جوابا يتم بقوله
اشتريته وكذا لو قال عبدي هذا ابق وبعتكه منك لان قوله بعتكه منك
منفصل عن الاول في حق المشتري لان قوله اشتريت جوابا لقوله
بعتكه لا لقوله عبدي ابق لان ذلك ليس من العقد في شيء وقول
المشتري يتضمن اعادة كلام البايع في صدر ما به جوابا وراء ذلك واذا لم
يصر مقرا بالاباق لا يرد عليه بالنقصان لا بالسان الاباق عن محمد ولو كان
البايع الاول قال للمشتري الاول قد بعتك هذا العبد على انه ابق او على
اني بري من اباقه فقال اشتريته فليس للمشتري الاول ان يرده على بايعه

بعيب

بعيب الاباق لحصول البراءة عنه وللمشتري الثاني ان يرد على المشتري الاول
اذا اقام البينة على مقالة البايع الاول في عقد البيع لان المشتري الاول صار
مقرا باباق العبد معنى لان قول البايع بعتكه عبدي هذا على انه ابق
او على اني بري من اباقه كلام محتاج الى الجواب لانه شطر البيع ولهذا تم البيع
بقوله اشتريت وقد شرط للبايع في البيع شرطان البراءة فاذا قال اشتريت صار
مجيبا لجميع ما يتكلم به البايع من البيع والشرط جميعا فصار كان المشتري
اعاد ما قال البايع ويصير كانه قال اشتريت على انه ابق او على انك بري من
اباقه ولو صرح بهذا كان المشتري الاول مقرا بكون العبد ابقا فها هنا لانه اضاف
الاباق الى العبد ووصفه به الا ترى انه لو قال بعتكها هذا العبد على انه حامل
او كاتب فقال اشتريت كان قوله جوابا للكل وصار الوصف داخلا تحت
العقد ويصير من اجزاء المبيع معنى حتى يثبت له حق الرد بعدامه وهذا
لانه جعل الاباق صفة له لانه اخرج الكلام مخرج التحقيق فيقتضي وجود
هذه الصفة فيه كما في المسالة لانه قول البايع اختار وعبر فيفتقر الى
الجواب ولو كان البايع قال في عقد البيع قد بعتكه هذا العبد على اني
بري من الاباق فاشتريه الاول على ذلك والمسالة بحالها واقام المشتري الاخر
البينة على تلك المقالة لم يستحق بهذا حتى تقيم البينة على المشتري الاول
انه باعه وهو ابق لانه لم يوجد من المشتري الاول الاقرار بكون العبد
ابقا لان البايع لم يصف الاباق الى العبد ولا وصفه حتى يصير قول المشتري
اشتريت جوابا له وصفا له معنى على العصم وقال انه لم يصف الاباق
الى العبد المبيع فيحتمل انه اراد به اباقه ويحتمل انه اراد به اباق غيره
كان في قوله على انه ابق او على اني بري من اباقه لانه وصف له الاباق
فيه نظر الا انه وان لم يصف اليه صريحا لكن اضاف اليه معنى ودلالة
لان اباق غيره لا يذكر في بيعه ولا يتبرا عن اباق غيره في بيعه وانما العلة
ما ذكرنا انه لم يصف الاباق اليه ولا وصف العبد به فان قيل
لا بل اضافه اليه ووصفه به لان البايع اضافه اليه ووصفه به من حيث

المعنى لان المراد من الاباق في كلام البايع اباق هذا العبد لما ذكرنا
الا ترى ان المشتري الاول لو جاء بالعبد وقال وجدته ابقا واراد ان
يرده على بايعه لا يقدر على ذلك والمشتري صار مكذبا له فصار كلامه متضمنا
اعادة كلام البايع فصار يتصف الاباق اليه ووصفه به قيل له نعم المراد
من الاباق في كلام العبد اباق هذا العبد لكن لا يقتضي قيام الاباق وتحققه
في الحال ولا وصف العبد به لان هذا الكلام للتبري عن العيب فانه من لوازم
البيع وعدم التمكن من الرد فيحتمل انه اراد به التبري عن عيب قد كان
قايما في الحال ويحتمل انه اراد به التبري عن ان يحدث بعد الشري
قبل التسليم فان البراءة عنهما صحيحة وكل ذلك سبب الرد والابرام
لا يحتمل الا التبري فان كان المراد هو الاول يكون اقرارا من المشتري بقيام
العيب في الحال وان كان المراد هو الثاني لا يكون اقرارا من المشتري
بقيام العيب في الحال فلا يثبت كونه مقرا بالشك والاحتمال بخلاف
قوله من اباقه لانه مع الهاء لا يحتمل التبري عن عيب يحدث لانه وصف
له بكونه ابقا واضاف الاباق الى العبد للحال ولا يوصف العبد بكونه
ابقا بوصف يعدم وقد يوجد في المستقبل فكان اقرارا بكونه ابقا وقت
البيع فكان للمشتري الثاني ان يرده عليه الا ترى انه لو شهدوا ان
على اجل انه اشترى هذا العبد على ان البايع بري من الاباق لم يكن هذا
اقرارا من الشاهد بكونه ابقا حتى لو اشتراه فوجده ابقا كان
له ان يرده بعيب الاباق كما لو شهد انه لو باعه بشرط البراءة من
كل عيب لا يكون اقرارا بوجود العيب كما ذكرنا فيما تقدم ولو شهدوا
على انه باع بريئا من اباقه ثم اشتراه الشاهد فوجده ابقا ليس له ان
يرده بذلك لانه اقرار منه انه ابق على ما ذكرنا فيما تقدم اذا قال اشتره
فانه لا عيب به لا يكون اقرارا بانتفاء العيب ولو قال فانه ليس بابق
يكون اقرارا بانتفائه والله اعلم بالصواب

باب من البيع في العيب وغيره ما يكون اقالة وما لا يكون

اصل الباب ان المبيع اذا خرج عن ملك المشتري بسبب من اسباب
الملك لم يكن له ان يرجع بنقصان عيبه على البايع فان عاد الى ملكه ثم علم بالعيب
او علم بالعيب بعد زوال العين عن ملكه ثم عاد اليه ان عاد بما هو فسخ من كل
وجه في حقهما وفي حق الثالث كان له ان يخاصم البايع في الرد عليه ان امكنه
الرد عليه ان امكنه الرد وفي الرجوع بنقصان العيب ان لم يمكنه الرد كما هو
الحكم قبل خروجه عن ملكه وان عاد اليه بما هو فسخ في حقهما بيع جديد في حق
الثالث لم يكن له ذلك لان في الوجه الاول ارتفع السبب الظاهر وزال
المانع من الخصومة وهو البيع الثاني فيظهر حكم السبب الاول بحقوقه
وفي الوجه الثاني ما ارتفع وما زال المانع اذ الفسخ المطلق ما عاد الى ملك
المشتري برفع السبب وهنا دان لا يعلن ان لا يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث
كالرد بالعيب والاقالة بعد القبض في المحلات فانه فسخ مطلقا في حقهما وفي
حق الثالث لانه تعذر اعتباره بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز الا ان
البيع لا بد له من رضى بعينه ورضاه بالرد قبل القبض غير معتبر لانه ينفرد
به فيجعل فسخا في حق الكل ضرورة وكذا في الرد بالعيب بعد القبض بقضاء
لانه تعذر جعله بيعا لعدم التراضي وكذا الرد بخيار الروية والشرط
وان حصل الرد بعد القبض بتراضيهما وبالاقالة اعتبر بيعا جديدا في حق
الثالث لقصور ولايتهما على انفسهما وقد امكن جعله بيعا لوجود حده واعتبر
لكن عملا باللفظ وهو الفسخ والمعنى وهو مبادلة المال بالمال بقدر العمل
بهما وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول كل شي لو انتهى الى القاضي يقضي
به فعلمه هذا دون القاضي فانه على دعوته ولا يبطل حقه لانه رد
بخطاب شرعي فلم يبطل حقه في الخصومة كما اذا رد بقضاء وهذا لان
قضاء القاضي لا يثبت به حقا بل يظهر الحق الثابت [illegible] وهو الجمهور
العيب فكان ما حال قبل القضاء وبعده واحدا ثم رجع الى ما قلنا
وحرف ان الواقف متى اذا باع ثم اخبر انه محمى او فاسد
او فيه خيار فالقول قوله لانه لا يعرف ذلك الا بقوله فيقبل بايعه

في صفة العقد مطلقا حتى لو تقابضا العقد بناء على ذلك كان فسخا مطلقا ولو اتفقا
بالبيع ثم تجاحدا لم ينفسخ قولهما في ذلك بمنزلة الرجوع منهما عن تصرف يتعلق به
حق الغير الا ان يجعل ذلك مجازا عن الفسخ والاقالة لان لهما هذه الولاية على
انفسهما وللجاحد حكم البيع في حق الثالث وامكن ان يجعل عبارة عنه لان الذي
يجحد يقصد ان يكون حكم العقد باطلا اصلا والفاسخ يقصد ذلك فصار بينهما
مناسبة من هذا الوجه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى
عبدا بالف درهم وتقابضا ثم ان المشتري باعه من غيره فجحد المشتري الاخر
البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي فحلف المشتري الثاني ثم عزم
المشتري الاول على ترك الخصومة ثم وجد بالعبد عيبا فله ان يرده على البائع
الاول ان يحتج بانه ادعى البيع من اخر فكان مقرا ببطلان حقه لان المشتري
الثاني لما جحد الشرى كان هذا منه فسخا للعقد في زعم المشتري الاول
لانه يجوز ان يجعل كناية عن الفسخ لما بينا فالمشتري الثاني اذا جحد وحلف
كان هذا منه فسخا للعقد يعني والمشتري الاول لما عزم على ترك الخصومة
كان هذا منه قصد الفسخ للبيع الذي جرى بينهما فتم الفسخ الا ترى
انه لو وقع الاختلاف بين المشتري الاول وان كان الفسخ بطلبه
[illegible] اشكال وهو انه انما [illegible] البيع في زعمه بتجاحد المتعاقدين وقد ذكرنا
ان التجاحد عن البيع بعد وقوعه بمنزلة الاقالة وهذا لان المشتري جحد
العقد في زعمه ولا حكم لجحوده في رفع العقد بعد وقوعه ولهذا لو كان
المبيع جارية لا يحل له وطيها فاذا عزم على ترك الخصومة فقد ساعده
على الجحود فصار ذلك فسخا منهما بقولهما وذلك بمنزلة الاقالة الا ترى
انهما لو اقرا ثم تجاحدا كان له حكم الاقالة ولذا لو اقر احدهما ثم تجاحدا الا انا
نقول هنا انما يكون ان لو كان فسخا في حق المقر بناء على الجاحد وليس كذلك
لانه لزم المقر حكم الفسخ بالزام القاضي حيث حلف المنكر منهما فحلف وقطع
القاضي المنازعة بينهما في دعوى العقد فصار القطع بهذا الطريق القطع
في دعوى الرد بالعيب والقطع في الاختلاف في الثمن اذا قطع دعوى

احدهما

احدهما بطريق الالزام وفسخ ما بينهما من العقد يكون فسخا مطلقا ولا يكون له حكم الاقالة
لذلك هنا ولهذا لان الجحود وان حصل برضى الجاحد لكن العزم على الترك من المشتري
الاول حصل بغير رضاه لانه مضطر فيه لانه لما عجز عن اثبات البيع بالبينة ويكون
خصمه يحلف صار مضطرا الى ترك الخصومة والفسخ والاضطرار ما يسلب
الرضى من حيث الاعتبار والمعنى كالاكراه فكان هذا فسخا حصل بعد القبض
بغير رضى احد المتعاقدين من حيث المعنى والاعتبار فكان له ان يخاصم البائع كما لو
ما لو افترقا ثم تجاحدا او اقر احدهما ثم تجاحدا لعدم الاضطرار فان قيل جحود
المشتري باي طريق يجعل فسخا وعزم المشتري الاول على ترك الخصومة باي
طريق يجعل فسخا قيل له اما الجحود جعلناه مجازا عن الفسخ لان بين الجحود
والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان المعنى الخاص في الفسخ ان يعود المبيع الى
قديم ملك البائع والثمن الى قديم ملك المشتري وفي الجحود منهما متى صح حقيقة يظهر
ان قديم الملك في المبيع للبائع وفي الثمن للمشتري فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص
فجاز جعل الجحود فسخا بطريق المجاز عند تعذر العمل بحقيقته واما العزم على ترك
الخصومة فلانه عزم على الفسخ ورضي بالفسخ الذي وجد من الجاحد فان فسخ الجاحد
كان موقوفا لان احدهما لا يملك الفسخ الا برضا صاحبه فاذا وجد الرضى منه
بعد الفسخ لهذا اذا عزم على ترك الخصومة بعد تحليف المشتري الثاني وحلفه
اما اذا عزم قبل تحليفه فليس له ان يخاصم بايعه في الرد بالعيب لانه مضطر
في فسخ البيع الثاني لجواز انه ان حلفه نكل فاعتبر بيعا جديدا في حق الثالث
ثم فرق بين البيع وبين النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح فاستحلف عندهما فحلف
ولم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله ثم عزمت المرأة على ترك الخصومة في النكاح
حيث لا ينفسخ النكاح حتى لو ارادت ان تتزوج بزوج اخر لم يكن لها ذلك والفرق
ان النكاح لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ من العيب وعدم الرؤية والاقالة
فكذا بهذا السبب واما البيع يحتمل الفسخ بسائر الاسباب فكذا بهذا
السبب ولو ان المشتري الثاني صدق المشتري الاول في دعوى البيع ثم تصادقا
ان ذلك البيع كان بالجنة او ان الثمن كان الف او انه كان للمشتري او للبائع فيه

خيار الشرط او للمشتري خيار الرؤية وبعض المبيع بهذه الاسباب ثم وجد المشتري
الاول انه عيبا كان عند البائع كان له ان يرده على بائعه لانه في التلجية لم يخرج
العبد عن ملكه لان بيع التلجية بمنزلة خيار مشترط لهما ابدا وخيار البائع يمنع زوال
المبيع عن ملكه ولهذا لا ينفذ اعتاق المشتري كما في البيع بشرط الخيار للبائع ولهذا
لو اختار احدهما لم يجز على صاحبه كما لو كان البيع بشرط الخيار لهما فالمجيز يكون مسقطا
لخياره ولكن خيار الاخر باق في البيع من جواز العقد فان بالصاحبه فقد اجازه ايضا
جاز لانهما اسقطا خيارهما ولان البيع كان هزلا منهما لم يكن معتبرا في حكمه
لانعدام الاختيار منهما للحكم وقد اختارا ذلك بالاجازة وتفسير التلجية ان يقول
الرجل الاخر اني اريد ان الجي اليك عبدي هذا فابيعه تلجية وباطلا وليس بشرى واجب
لشيء اخافه فقال نعم وحضر الشهود لهذه المقالة ثم قال له في مجلس اخر قد بعتكه
بالف درهم فقال قد قبلت ولم يحضر الشهود وتصادقا على ما كان بينهما فالبيع باطل
لان التلجية بمنزلة الهزل فالهزل الذي يراد بالكلام غير ما وضع له فالهازل لا يكون مختارا
للحكم ولا راضيا به ويكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب فالملجي ايضا
يكون مختارا للسبب غير ما وضع له السبب ولا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به
ولا يمنع الهزل والتلجية انعقاد السبب لكن لا يكون موجبا لحكمه مع بقاء الخيار
وفي بقية المسائل ان اقر بزوال العبد عن ملكه الا انه عاد العبد اليه قديم
ملكه بما هو فسخ من كل وجه لان المشتري ينفرد بالرد من غير رضى البائع فيتعذر
جعله بيعا فاعتبر فسخا فان قيل هذا هكذا ان لو ثبت ما تصادقا عليه من التلجية
ونفي البيع وخيار الشرط والرؤية في حق البائع الاول ولم يثبت لان البائع
الاول ولم يثبت لان البائع الاول باقرارهما ولي بالبيع مطلقا استحق البراءة
عن خصومة المشتري الاول بعده في العيب فلا يبطل ذلك بتصادقهما على
ما يبطل حقه في البراءة ولهذا لان الرد انما يصح بتصديق المشتري الاول فكان
ذلك رضى منه بالرد فوجب ان لا يكون له حق الرد على بائعه قيل له تصادقهما
لا يبطل حق البائع بل يبين انه لم يكن ثابتا اصلا لانهما اقرا ببيع محتمل لان البيع
قد يكون باتا وقد يكون تلجية او بشرط الخيار وغيره واسم البيع على بعضه

الساعات

الساعات فكان محتملا فكان البيان اليهما فاذا بينا صح بيانهما فيبين ان الحق
لم يكن ثابتا للبائع الاول ولهذا لانه لا يوقف وجود البيع الا بقولهما ولو انكرا
وجوده اصلا كان القول قولهما فاذا انكرا صفة العقد كان القول قولهما ايضا
ولهذا لانه مسلم عن الحجر سني [?] فالظاهر انه لا يكذب فاذا اخبر فقد صاحبه
صار كانا استفا [?] حالة العقد بهذه الاوصاف فلا يمنع الرد الا ترى انه لو ادعى
المشتري الثاني على المشتري الاول ان البيع كان تلجية او بشرط الخيار وانكر
المشتري الاول فاستحلفه القاضي فنكل فرده عليه كان للمشتري الاول ان يرده على
بائعه اذا وجد به عيبا لانه ليس براضي في هذا الرد فلا يكون له حكم الاقالة
لذلك هذا ولو تصادقا ان البيع كان صحيحا باتا لا خيار فيه ثم جعل احدهما لصاحبه
خيارا فنقض صاحب الخيار البيع لم يكن للمشتري الاول ان يرده على بائعه بالعيب
وان كان من له الخيار ينفرد بالرد لان هذا الفسخ بمنزلة الاقالة لانه بتراضيهما
بعد تمام العقد وابرامه فكان بيعا جديدا في حق الثالث وكذلك لو وجد المشتري
الثاني بالعبد عيبا فرده على الاول بغير قضاء لانه بيع جديد في حق الثالث
وان رده بقضاء فله ان يرده لانه فسخ من كل وجه في حقهما وفي حق ولو وجد
المشتري الثاني بالعبد عيبا وقد تعذر الرد بعيب حدث عنده او لموته في يده
ورجع على المشتري الاول بنقصان العيب ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه
بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وهذه من مسائل احدها والثانية
لو صالح المشتري الاول بائعه على شيء من نقصان العيب لا يصح عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا حق له قبله وعندهما يصح والثالثة اذا اقتسم الشريكان وتقابضا
فباع احدهما ما اصابه فوجد المشتري به عيبا ورده بقضاء فان نقض القسمة
وان رده بغير قضاء لا ينقض وان تعذر الرد ورجع على البائع بالنقصان لا يرجع
هو على شريكه بشيء وعندهما يرجع والرابعة اذا اشترى جارية وباعها من غيره
فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشتري على بائعه بقيمة الولد للغرور والمشتري
الاول ان يرجع على بائعه بالثمن وليس له ان يرجع بقيمة الولد على بائعه عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما يرجع بقيمة الولد لان المشتري الثاني لو رد على المشتري الاول بالنقصان

القاضي كان له ان يرد على بايعه فكذا اذا رجع بنقصان العيب كان له ان يرجع على بايعه لان الرجوع بالنقصان عند تعذر رد العين عند الامكان واذا استوجب الرجوع فانما صالح بعد ما ثبت حق واجب فيصح وفي الاستيلاد اوجب الاول الملك الثاني فيجعل الاستيلاد ممن اوجب له الملك بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لان الرجوع بفوت السلامة الذي صار مستحقا بالعقد وهو كما يفوت من المشتري الاول والثاني فقد يفوت من المشتري الاول والبايع الاخر ان المشتري الثاني لو ردها بالعيب كان للمشتري الاول ان يردها على بايعه فكذا اذا رجع عليه بقيمة الولد وابو حنيفة رحمه الله يقول انما رجع الثاني على الاول بالنقصان بطريق الصلح ولو رد عليه صلحا بغير قضا لم يكن له ان يرد على بايعه فكذا اذا رجع بالنقصان وكذا ان رجع عليه بالنقصان بقضا لان الملك المستفاد من جهة البايع الاول لم يعد الى المشتري بهذا القضا فلو خاصم في عيب ذلك العبد بخلاف ما اذا رد عليه بقضا فقد عاد اليه الملك المستفاد من جهته قضا كان الرد او لم يكن واذا لم يستوجب الرجوع لا يصح الصلح فيقع اخذ بدل الصلح عن دعوى باطل شرعا فوجب عليه رده في الاستيلاد انما المشتري الاول باحبائه الملك فيها لغيره البيع فرجوع المشتري عليه بما التماه من الغرور ولا بالغرور والذي يثبت من البايع فصار حالشا من الغرور بسبب الغرور والبايع الاول الغرور نظير من حفر بئرا على قارعة الطريق فالقى انسان غيره فيه كان الضمان على الملقي لا يرجع به على الحافر فهذا مثاله موضحا ان الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشتري انما خاصم البايع في العيب اذا كان المستفاد من قبله فاما اذا وهنا قد انفسخ ذلك الملك على المشتري الثاني ولم يعد اليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما اذا رد عليه بالعيب على ما ذكرنا رجل اشترى من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه المشتري من اخر وتقابضا واقر بذلك عند القاضي ثم جحداه قال لا يقع عندك ان جحودهما نقض للبيع لانه تعذر العمل بحقيقة الجحود لانه عرف القاضي البيع بينهما وامكن العمل بالمجاز فجعل جحودهما مجازا عن الفسخ وان الجحود رجوع عن البيع فصار كانهما قالا رجعنا عن البيع الاول وذلك فسخ فكذا هذا وليس

له الرد على الاول ولا الرجوع بنقصان العيب لان الجحود لما صار مجازا عن الفسخ صار كانهما نصا على الفسخ والاقالة فكان بيعا جديدا في حق الثالث وكذلك لو كان الاقرار والجحود منهما عند غير القاضي فاقر ابدا كذلك ولو اراد المشتري الاول اخذ العبد لم يكن للاخر ان يمسكه لانه صار لما حكم الفسخ بالتراضي فعاد العبد الى ملك البايع فلا يكون لحق انسان ملكه ولو اعتقه الاول جاز ولو اعتقه الثاني لا يجوز لان اعتاق الاول صادف ملكه واعتاق الثاني لا رجل اشترى عبدا بالف درهم وتقابضا ثم اراد ان يرده بعيب فاقام البايع البينة على اقراره انه باع العبد فليس له ان يرده لان البينة قامت من خصم فثبت اقراره بالبيع بالبينة والثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا اقراره بالبيع لم يكن له ان يخاصم البايع في الرد بالعيب فكذا هذا ولو اقام البينة انه باع من فلان وفلان غايب لم تقبل بينته لانه يثبت البيع للغايب وليس له خصم حاضر وما يدعي على الحاضر وهو سقوط حق الرد ليس من جنس ما يدخل تحت القضا وليس من الامور اللازمة للبيع حتى يتضمن التعدي الى الغايب فيبنى القضا على الغايب مقصودا وذلك لا يجوز ولو اقام البايع البينة انه باعه من فلان وفلان حاضر يجحد الشرى وجحد المشتري الاول ايضا جحودهما بمنزلة الاقالة ولا يرجع بنقصانه لان البينة قامت من خصم على خصم فكانت مقبولة وصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة فكان الجحود فسخا وانما قلنا ذلك لان البينة قامت من البايع الاول على اثبات بيع جرى بين المشتري الاول وفلان خصم في اثباته كالوادعى ان فلانا باع هذا العبد من فلان وفلان يجحد بعدما قبضه تقبل بينته لانه يثبت حقه لذلك هنا ولذلك لو كان المشتري الثاني غايبا واقام البايع الاول بينة على اقرار المشتري الاول بالبيع فليس للمشتري الاول ان يرده بالعيب على البايع لان البينة قامت من خصم على خصم فصار الثابت بالبينة كالثابت معاينة رجل اشترى دارا وقبضها وسلم الشفيع ثم باعها المشتري من اخر وتقابضا وسلم ايضا ثم اقر المشتري الاول الاخر انه لم

يكن بينهما بيع وانما لم ينفرد البيع فللشفيع ان ياخذها بالشفعة بعد الاقالة لان
نحو ذلك البيع اقالة ولو تقايلا البيع يجدد حق الشفعة للشفيع كذلك هنا ولو
اقر انه كان بخيره لم يكن للشفيع حق الشفعة بعد الاقالة لان بهذا الاقرار تبين
انه لم يكن للشفيع حق الشفعة لانه كان ثم بطل والاصل فيه ان في كل موضع لم يكن
للمشتري الاول ان يرده على بايعه بالعيب فللشفيع ان ياخذ بالشفعة لان الرد على
المشتري الاول اذا كان لا يثبت له حق الرد على البايع الاول كان بيعا جديدا
في حقه فيثبت له حق الشفعة وفي كل موضع كان للمشتري الاول ان يرد على
بايعه بالعيب لم يكن للشفيع فيه شفعة لان الرد يكون فسخا في حق الثالث
وبالفسخ لا يتجدد حق الشفعة والله اعلم بالصواب

باب من البيع الفاسد الذي ينقض

اصل الباب ما ذكرنا عن ان البينة متى قامت على الغايب للقضا بها وليس عنه
خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي لا تقبل الا انها لو قبلت وجب القضا على الغايب
وانه لا يجوز وان الحق الثابت لا ينقض بحق موهوم لان المتيقن لا يجوز ابطاله
بالشك وحرف ـــ اخر ان الاقرار بالمعلوم يصح ويلزم اذا صدقه
المقر له لانه يمكن تنفيذه والاقرار بالمجهول لا يصح لانه لا يمكن تنفيذه وحرف
اخر ان للبايع في البيع الفاسد حق استرداد المبيع لفساد البيع الا اذا
تعلق به حق الغير الا انا لما عرفنا ان الرد في البيع الفاسد واجب حقا
للشرع وحق العبد يتقدم على حق الله تعالى فلو راعينا حق الله تعالى بطل
حق العبد اصلا فراعينا حق الشرع من حيث المعنى دون الصورة رعاية للحقين
ولو وقع الاختلاف بين العاقدين في تعلق حق الثالث فالقول قول من انكره لانه
يدعي على صاحبه ابطال حقه فلا يصدق الا بحجة ولا فرق بين الملك الصحيح والفاسد
في نفاذ التصرفات وانما يفترقان في الحل واختلف مشايخنا رحمهم الله في طريق
نفاذ التصرفات قال بعضهم هو مملوك التصرفات دون مملوك العين وهو قول
اهل العراق رحمهم الله فانه ذكر في الاصل ان المشتري لو اعتقها او باعها
جاز لان البايع سلطه على ذلك والدليل عليه انه لو كان المبيع دارا لا ياخذ الشفيع

ولو هلك العين لو حبست ولو كانت جارية لا يحل وطيها ولو كان طعاما لا يحل
اكله وقال بعضهم هو مملوك العين وهو قول مشايخ بلخ رحمهم الله وهو الاصح
لانه ذكر في الشهادات لو ادعى رجل هذه الدار انه اشتراها شرا فاسدا كان
صاحب الدار خصما لانه مالك الرقبة والدليل عليه انه لو بيعت دار بجنب
هذه الدار كان للمشتري ان ياخذها بالشفعة ولو اشترى جارية شرا فاسدا وقبضها
ثم ردها يجب على البايع الاستبرا ولو اعتقها المشتري كان الولا له والاب
والوصي اذا باع مال اليتيم بيعا فاسدا وقبض المشتري واعتقه نفذ اعتاقه
مع ان تسليطهما على الاعتاق لا يجوز وانما لا يجب الشفعة لعدم انقطاع
حق البايع كما في البيع بشرط الخيار للبايع الا ترى انه لو اقر ببيع داره
وانكر المشتري يجب الشفعة لانقطاع حقه فكان السبب انقطاع حق
البايع ولان فيه تاكيد الفساد تقريرا له وحرمة الوطي لا تدل على عدم الملك
كما في الامة المجوسية والاخت من الرضاع ولانه مامور بالرد والوطي اعراض
عن الرد واصرار على المعصية وحرمة الاكل لا تدل على عدم الملك فان المشتري
بسبب حسن مملوك له ولا يحل اكله ولان فيه تقرير المعصية واعراض عن
الرد اذا عرفنا هذا قال ـــ محمد رحمه الله رجل اشترى جارية شرا فاسدا
وقبضها فاراد البايع نقض البيع واخذ الجارية منه فادعى المشتري انه باعها
من فلان الغايب وقبضها منه فان صدقه البايع ليس له ان ياخذها لان البايع
اقر انها خرجت عن ملك المشتري فبطل حقه ووجب له على المشتري قيمتها
يوم قبضها وكذلك لو علم القاضي بذلك او حلف البايع فنكل او اقام البينة
على اقرار البايع بذلك لان الاقرار الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان
كذبه البايع له ان ياخذ الجارية لان حقه في استرداد الجارية متحقق وحق
الغايب موهوم لان حقه انما يثبت على اعتبار التصديق وقد لا يصدقه ولو
اقام المشتري البينة على ما ادعى من البيع والتسليم لا تقبل بينته ويقال
للبايع ان شئت فصدقه وخذ القيمة وان شئت فخذ الجارية كما لو لم يقم البينة
لان البينة قامت على الغايب للقضا بها وليس عنه خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي

اما قصدي فلان الغايب لم يكن يوكل البايع في الخصومة واما حكمي فلان الحاضر
انما ينتصب خصما عن الغايب في الانكار اذا كان بينهما اتصال بسبب ولا اتصال
بسبب ولا اتصال بين البايع الاول وبين الغايب بسبب فان البيع ما جرى
بينهما وهذا لان ما يدعي ليس من حقوق العقد الفاسد سقوطها او ثبوتها
ولا يجوز ان يقضي بعقد مقصود بحقوقه بيعا لحق من حقوق العقد الفاسد
لانه لا يصلح بايعا له واذا لم تقبل البينة صار وجودها كعدمها وبقي اقرار المشتري
بالبيع فيقال للبايع ان شئت فصدقه وضمنه القيمة يوم القبض ولا سبيل لك
على الجارية بعدما الغايب وصدق المشتري ام كذبه ان شئت فكذبه وخذ الجارية
لان حق البايع كان متعلقا بعين هذه الجارية والمشتري بهذا الاقرار يريد
ابطال حقه في استرداد عينها فلا يملك الا بتصديقه فان صدقه واخذ القيمة
ثم حضر الغايب فلا سبيل للبايع على الجارية سواء صدقه البايع او كذبه
اما اذا صدقه فلانهم تصادقوا على زوال الجارية عن ملك المشتري الاول
ونفوذ الضمان عليه واما اذا كذبه فلانه توفر عليه بدل ملكه بزعمه فلا يبقى
له على الجارية سبيل كالمغصوب منه اذا اخذ قيمة المغصوب من الغاصب
بقول بحقه عن العين حتى اذا حضر لا سبيل للمغصوب منه على العين بسبيل وان
كذبه البايع له ان ياخذ الجارية بها ولما فان اخذها ثم حضر المقر له بالشرى فان
كذب المشتري في اقراره سلمت الجارية للبايع لان اقراره للغايب بطل بتكذيبه
وان صدقه ردت عليه الجارية بزيادتها بعدما نفذ المشتري الثاني بيمينها للمشتري
الاول واخذ البايع الاول القيمة من المشتري الاول لان المقر له لما صدق المشتري
الاول استند التصديق الى وقت الاقرار على ما ذكرنا قبل هذا وظهر ان البايع
اخذ الجارية بعدما اقر المشتري بها للغير في ملكه فصح اقراره الا انا لا نعتبر اقراره
في الحال لاحتمال التكذيب فاذا صدقه تبين ان الاقرار كان صحيحا وان البايع اخذ
الجارية بغير حق فتسترد منه هذا اذا اقام المشتري البينة انه باعها من فلان
ولو لم يقم البينة على ما ادعى فكذلك الجواب لان ثمه بطلت البينة ولهذا
الاحكام ترتبت على الاقرار وقد وجد الاقرار هنا هذا اذا كان المقر له بالبيع

معلوما اما اذا كان مجهولا بان قال بعتها وخرجت من ملكي ولم يسم من باع او
قال بعتها من رجل لا يعتبر اقراره ويوجد الجارية منه ولا يخير البايع بين اخذ الجارية
او القيمة بل اخذ الجارية بعينها لان في الفصل الاول انما بطل الاقرار وحق المقر
له معلوم وانه صحيح فلان يبطل هنا والاقرار للمجهول فاسد كان اولى وانما يخير
البايع في المسألة ولا يخير في هذه المسألة لان ثمة الاقرار صحيح لانه للمعلوم
وهذا الوصف قد صح ويبطل حق البايع وهنا الاقرار للمجهول وانه باطل وهذا لو
ادعى انسان لا يعتبر دعوته الا ترى انه لو قال لرجل علي الف درهم او غصبت
من رجل الف درهم كان الاقرار باطلا الا ترى ان المشتري لو قال لغيري هذه
الجارية وانما هي لغيري حين اراد البايع ان يستردها لا يلتفت الى قوله
كذلك هنا فلو استردها البايع ثم احضر رجلا فادعاها فقال المقر له هذا وصدق
الرجل لا يلتفت الى قولها لانه بطل الاقرار لجهالة المقر له تصادقهما
بعد الاسترداد بمنزلة اقرار مبتدا فلا يصدقان في ابطال حق البايع فرق
بين هذه المسألة وبينها ذكرنا في الباب المتقدم ان المشتري اذا اراد الرد
بالعيب فاقام البايع البينة انه اقر بالبيع من فلان او اقام انه اقر بالبيع
مطلقا ولم يذكر المشتري انه يبطل حق المشتري في الرد بالعيب سوى بين
الاقرار بالبيع لمعلوم والمجهول ثمة وهنا فرق والفرق ان في الباب المتقدم
المخاصم هو المشتري لانه يريد الرد بالعيب والاقرار المخاصم متى ثبت
بالبيع من مجهول يثبت اقراره بزوال المبيع عن ملكه ولو ثبت هذا لم يبق
له حق الخصومة مع البايع في الرد بالعيب فتقبل البينة لاثبات هذا اما في
هذا الباب المخاصم هو البايع لانه يريد الاسترداد والمشتري يخاصم
والمخاصم متى اقر بالبيع لمجهول حتى يثبت الاقرار بزواله عن ملكه لا يندفع
الخصومة لان المخاصم متى اقر انما دفع به الخصومة لغيره لا اندفع
الخصومة فلذلك لا تقبل البينة لاثبات هذا الا ترى ان ثمة لو اقر عند
القاضي بخروجه عن ملكه بطل حقه في الرد على البايع لانه اقرار على
نفسه فيصح وهنا لو اقر لا يندفع الخصومة لانه دعوى على البايع بابطال

حقه ولم يتعلق به حق الغير لان حق الاسترداد للبائع في البيع الفاسد لا يبطل
بمجرد اقرار المشتري بل بثبوت الملك للمشتري الثاني الا ترى انه لو اقر لمعلوم
حاضر وهو يكذبه لا يبطل حق البائع في الاسترداد فثبت ان المبطل لحق
البائع ثبوت الملك لغيره ولهذا لا يبطل بالعرض على البيع فاذا اقر لمعلوم فهذا
الاقرار يتضمن ثبوت الملك فانه اذا صدقه يثبت الملك فجاز ان يكون حق
الاسترداد للبائع موقوفا اما اذا اقر لمجهول فهذا الاقرار لا يتضمن ثبوت
الملك للغير فانه لو جاء انسان وادعاه لا يلتفت اليه فلا يبطل حق الاسترداد
فاما بطلان حق المشتري في الرد بالعيب لا يتعلق بثبوت الملك بل بمجرد اقراره
بزواله عن ملكه ولهذا لو اقر انه ليس على ملكه له يبطل حقه في الرد وان لم يثبت
الملك للغير ويبطل بالعرض وكذا لو اقر بالبيع لحاضر وهو يكذبه يبطل حقه
في الرد وان لم يثبت الملك للمقر له فاذا وجد الاقرار يبطل وكذا لو قال
المشتري هي لغيري او هي لفلان احدهما البائع حتى يحضر المقر له فان حضر
فادعاها ردت عليه واخذ البائع القيمة على ما ذكرنا والله اعلم بالصواب

باب من البيوع التي يختلف فيها في الثمن

اصل الباب ما ذكرنا غير مرة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر
بالحديث المعروف وحديث اخر ان المتبايعين اذا اختلفا في مقدار الثمن
وهي المعقود عليه والمبيع قائم بعينه تحالفا وترادا ان الاجماع الا ان
الاختلاف اذا قبل القبض يتحالفان قياسا واستحسانا وان كان بعد يتحالفا
استحسانا بالنص لان مقصود احدهما قد حصل فبقي الدعوى في جانب
واحد وقد بينا هذا وان اختلفا في شرط زايد في العقد يصح العقد بدونه
كالاجل والخيار ونحوهما لا يتحالفان ويكون القول قول المنكر مع يمينه اذا لم
يسبق منه اقرار بخلاف الانكار والفرق من وجهين احدهما ان المقصود
من التحالف الفسخ والتراد بالنص ابتداء للفساد واما ليصل كل واحد منهما الى
راس ماله والاختلاف في مقدار الثمن والمثمن يفيد هذا المقصود لانه
متى اسقط الثمنان والثمنان يبقى البيع بلا عوض ولا ثمن فيكون فاسدا

فصح الرد بسبب الفساد عند محمد رحمه الله وليصل كل واحد الى راس المال عندهما ولهذا
جرى التحالف بعد الهلاك عنده ويجب القيمة لامكان رد سبب حكم العقد الفاسد
ولا يجري عندهما لتعذر وصول كل واحد منهما الى راس ماله فاما الاختلاف في
شرط مشروط في العقد لا يفيد هذا المقصود لانه متى لم يثبت الشرط فهي
البيع بلا شرط والبيع بلا شرط بيع جائز ولا يجب الفسخ والتراد والثاني
ان التحالف انما يجب اذا جعل كل واحد منهما مدعيا ومنكرا لان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير ما يدعيه صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة
وغير البيع بمائة دينار وبيع العبد غير بيع الجارية الا ترى انه لو شهد
شاهد انه باع هذا العبد بالف درهم وشهد اخر انه باع بالف وخمسمائة
او شهد احدهما بالبيع بالف درهم والاخر بالبيع بمائة دينار او احدهما ببيع
العبد والاخر ببيع الجارية لم تقبل اما الاختلاف في شرط لا يجعل كل واحد منهما
مدعيا ومنكرا لان البيع بالاجل مع البيع بغير اجل والبيع بشرط الخيار
مع البيع المطلق لا يكون عقدين الا ترى انه لو شهد احدهما انه باع منه
بالف درهم الى شهر واخر انه باع منه بالف حال او شهد احدهما انه باع
العبد بالف درهم على انه بالخيار وشهد اخر انه باعه بغير خيار تقبل
لانهما اتفقا على البيع وتفرد احدهما بالاجل واللزوم فما اتفقا عليه
يثبت وما تفرد به احدهما لا يثبت وهذا عندنا وعند زفر والشافعي
رحمهم الله اذا اختلفا في الاجل يتحالفان لان هذا في معنى الاختلاف في
مقدار الثمن فان المؤجل ينقص من الحال في معنى المالية ولهذا يشترط
التقابض في الصرف لكنا نقول اختلفا في شرط يلحقه العقد شرطا
فيكون القول قول من ينكرها ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار
الشرط وهذا لان التحالف انما عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف
فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلا يكون في معنى المنصوص
عليه وان حدثنا فيه القياس وجعلنا القول قول البائع منكر الزيادة
الاجل واصل الاجل فرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم فان نقال

القول قول من يدعي الاجل عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا انهما ان
وعندهما ان ادعى الطالب الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو المدعي فالقول
قول الطالب لانكاره قياسا وعند زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان
لما قلنا ولان السلم لا يصح الا بالاجل فصار كاختلافهما في الوصف لهما
ان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعى المطلوب وانكر الطالب
فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فيكون القول قول المنكر واذا ادعى
الطالب فالمطلوب في انكاره متعنت لان الطالب اقر له بحقه وهو ينكر
لتقييد العقد فلا يلتفت الى قوله كما لو اختلف المضارب ورب المال
فقال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب شرطت
لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة وان كان فيه فساد
العقد ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الا عشرة
فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت في انكاره بعض ما اقر به
لمصلحة العقد وابو حنيفة رحمه الله يقول الاجل من شرائط السلم باتفاقهما
على العقد اتفاق على ما هو من شرائطه فكان المنكر منهما راجعا عما
اقر به فالرجوع عن الاقرار باطل الا ترى انهما لو اتفقا على النكاح
واختلفا في الشهادة كان القول قول من يدعي الشهادة لان شرط الشيء
يتبعه وسوى البيع سوى الاجل الا ترى ان من يدعي صلحا بل يدعيه
الطحاوي اما نفس الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته
لان العقد يقتضي انتقال الثمن والمعقود عليه في المجلس والمشتري
يدعي عليه التاخير وهو منكر فكان القول قول المنكر وهذا الاختلاف
والفرق انما يجيء على جواب الاستحسان اما على جواب القياس القول
قول من ينكر العقد في السلم والعقد فاسد لانه لا يصح الا بشرط
الاجل فمن ينكر الاجل ينكر العقد معنى ولان الاجل يشترط رأيا فاذا اختلفا
فيه كان القول قول من ينكره كالخيار في البيع بخلاف ما لو اختلفا في
مكان الايفاء في السلم فان القول قول المطلوب عند ابي حنيفة

رحمه الله وعندهما يتحالفان ويترادان وقيل الاختلاف على العكس فان عند
ابي حنيفة رحمه الله بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف
فيه التحالف وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل يجوز ابدا لا يحتاج الى ذكره والاصح
ما ذكر في الكتاب فان عندهما تعيين مكان الايفاء من موجب العقد ولهذا لا يحتاج
الى ذكره بل يتعين موضع العقد والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف
وعند ابي حنيفة رحمه الله موجب الشرط كالاجل فالاختلاف فيه لا يوجب
التحالف وجه قولهما ان المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن
فالاختلاف في الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية ولابي حنيفة رحمه
الله ما ذكرنا ان النبي شرع التحالف بخلاف ذلك بالسنة والسنة جاءت
بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البدل او المكان
ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل ولهذا لان المعقود
عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان
دينا يختلف باختلاف صفته فلهذا فرق بينهما في حكم التحالف اذا عرفنا
هذا قال ـــــ محمد رحمه الله رجل اشترى عبدين صفقة واحدة
او صفقتين اعتق احدهما بعينه ثم نقد احدهما الى ثمنه والاخر بالنقد ثم هو حاله وقبضه
ثم وجد باحدهما عيبا فرده واختلفا فقال البائع رددت علي الذي اشتريته
بثمن مؤجل وقال المشتري لا بل رددت عليك الذي ثمنه
حال وليس لك ان تطالبني بشيء في الحال فالقول قول البائع ولا يتحالفان
سوى كان العتق قائما في يد المشتري او مات في يده لانه لا عبرة للاختلاف
في العبد المردود لان البيع انفسخ فيه وسقط ثمنه عن المشتري حالا كان
او مؤجلا وانما المعتبر في الذي بقي في يد المشتري فالمشتري يدعي انه اشتراه
بثمن مؤجل والبائع ينكر فكان القول قوله لان الاجل يستفاد من جهته ولو
انكر الاجل اصلا كان القول قوله فاذا انكره في الباقي كان القول قوله الا
ترى انه لو كان العبد واحدا واختلفا في الاجل حال قيام العقد او بعد الرد
كان القول قول البائع لما ذكرنا كذلك هنا لا يتحالفان لما مر في اصل الباب

وكذلك لو تصادقا فان احدهما كان حيًا وكان ثمنه الف الي سنة والاخر
كان ميتا وثمنه الف حالة وقد مات العبدان جميعا المردود في يد البايع والاخر
في يد المشتري واختلفا في المردود فقال البايع رددت علي الحي وقال المشتري
رددت الميت فالقول قول البايع لما قلنا الا ان هنا وضع المسالة في موت
العبدين لانه لو كانا قايمين او احدهما قايم امكن القاضي معرفة الصادق منهما
بدون الرجوع الي قولهما فان قيل وجب ان يكون القول قول المشتري مع يمينه
في المسالتين جميعا اما في المسالة الاولي فلانهما تصادقا علي احد الالفين كان
موجلا فالبايع بدعواه يدعي سقوط الاجل والمشتري ينكر فيكون القول قوله
كما لو تصادقا علي الاجل واختلفا في مضيه كان القول قول المشتري ولان
الاجل حق المشتري والبايع يدعي سقوط حقه وهو ينكر اما في المسالة الثانية
فلانهما تصادقا فان الحي صار مملوكا للمشتري والبايع يدعي انفساخ البيع
والمشتري ينكر قيل له هذا المعني في حد التعارض اما في المسالة الاولي فلانهما
توافقا ان احد الالفين وجب حالا فالمشتري بدعواه يدعي الاجل فيما هو
حق البايع ينكر ولان المطالبة في الحال حق البايع فالمشتري يدعي سقوط
حقه وهو ينكر ولان الثمن حق البايع فالمشتري يدعي الاجل يدعي لنفسه حقا
فيما هو حق البايع وهو ينكر فكان الترجيح لجانب البايع لما ذكرنا من الوجوه
ولان الاجل في حق الذي بقي في يد المشتري ليس بمتفق عليه وهو مشكل انه في
ثمن هذا او في ثمن المردود فلا يحكم بثبوته بالشك واما في المسالة الثانية
فلانهما توافقا ان الميت كان مملوكا للمشتري والمشتري بدعواه يدعي
انفساخ البيع فيه والبايع ينكر فالقول قوله ولو كان الثمن مختلفا بان اشتري
احدهما بالف درهم والاخر بمائة ثم رد احدهما وماتا جميعا ثم اختلفا في المردود
وثمنه فالقول قول المشتري مع يمينه لان الحاصل الاختلاف في الذي هلك
في يد المشتري فالبايع يقول ثمنه دنانير والمشتري يقول ثمنه دراهم فقد
اختلفا في جنس الثمن والسلعة هالكة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان هلاك السلعة

عندهما يمنع التحالف علي ما ذكرنا في الابواب المتقدمة وعند محمد رحمه الله
يتحالفان لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف فيكون المذكور في الكتاب
قولهما واذا تحالفا عنده يترادان قيمة الهالك فياخذ المشتري فياخذ الحي
ويعطيه قيمة الهالك ولو كان العبدان قايمين يتحالفان علي الذي في يد المشتري
ويترادان فيرجع المشتري بالثمن ان كان بيعه وسوا كان البيع صفقة
او صفقتين ويكون لكل واحد منهما حكم علي حدة اما اذا كانت متفرقة فظاهر
لانه لو لم يرد احدهما وهلك احدهما في يد المشتري او زال عن ملكه والاخر
قايم واختلفا في ثمنه تحالفا وترادا عندهم جميعا فهنا اولي فاما اذا كانت
الصفقة متحدة فهو ظاهر عند ابي يوسف رحمه الله لان عنده لو اشتري
عبدين صفقة واحدة وقبضهما وهلك احدهما في يده او خرج عن ملكه ثم اختلفا
في جنس الثمن او في مقدار ثمن الباقي يتحالفان عنده وهل يتحالفان علي الهالك
عند ابي يوسف رحمه الله لا وعند محمد رحمه الله يتحالفان فهنا اولي واما عند
ابي حنيفة رحمه الله في تلك المسالة لا يتحالفان الا ان يرضي البايع ان ياخذ
الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا لانه خرج احدهما عن ملك المشتري فهنا
ايضا خرج احدهما عن ملكه فيجب ان لا يتحالفان عنده ايضا واختلف المشايخ
رحمهم الله فيه قال بعضهم هذه المسالة ايضا علي الاختلاف ولا يتحالفان
عنده كما في تلك المسالة والاصح انهما يتحالفان عنده ايضا والفرق له ان التحالف
انما امتنع عنده في العبد الباقي عند المشتري الا برضي البايع لان العقود من
التحالف شرعا للفسخ ولا يمكن فسخ العقد في القايم الا برضي البايع لان الفسخ
بالتحالف نظير الفسخ بخيار الروية لانه فسخ ثبت لجهالة الثمن والفسخ بخيار الروية
فسخ ثبت لجهالة اوصاف المبيع وفسخ العقد في احدهما بخيار الروية وقد اشتراهما
صفقة واحدة لا يجوز بغير رضي البايع لما فيه من تفريق الصفقة علي البايع قبل
التمام لان خيار الروية يمنع تمام الصفقة كذلك هنا اما في مسالة الكتاب لا يودي
الي تفريق الصفقة علي البايع لان العبدين جميعا يعودان الي ملك البايع احدهما
بالرد بالعيب والاخر بالتحالف ولو اشتراهما بثمن واحد عابه دينار صفقة واحدة

وقبضه فمات احدهما في يده ووجد بالاخر عيبا فرده واختلفا في قيمة الهالك
لا يتحالفان في العبد الهالك والقول قول البائع في قيمة الهالك والبينة اما لا يتحالفان
في العبد الهالك اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلان عندهما لو اختلفا في مقدار
الثمن او في جنسه والسلعة هالكة لا يتحالفان لان عند الهلاك لا يبقى الا بالحر فلا
يستقيم التحالف في حصته ولا يستقيم التحالف فيهما لان احدهما خرج عن العقد فاذا
اختلفا في القيمة اولى اما عند محمد رحمه الله وجبت ان يتحالفان لان الاختلاف في القيمة
يوجب الاختلاف في الثمن لان الثمن ينقسم على اعتبار القيمة الا انه فرق بين اختلافهما
في مقدار الثمن وفي جنسه وبين اختلافهما في مقدار القيمة والسلعة هالكة من وجهين
احدهما ان التحالف ثمه يفيد فائدته وهو وجوب الفسخ لانهما اذا تحالفا صار
الثمن مجهولا فيفسد العقد فيجب الفسخ بسبب الفساد وهنا التحالف لا يفيد
فائدته لانهما لو تحالفا صارت القيمة مجهولة دون المبيع والثمن وهذا لا يوجب
فساد العقد فلا يجب الفسخ بسبب الفساد وقوله الثمن صار مجهولا لانه ينقسم
على اعتبار القيمة قلنا الثمن في العقد عنهما وعنهما معلوم انما الجهالة في
من كل واحد منهما ثبت حكما للانقسام وهذا لا يوجب فساد العقد
لان هذا يوجد في كل عقد والثاني ان التحالف انما يجب اذا كان كل واحد منهما
مدعيا ومنكرا وثمه كل واحد منهما مدع ومنكر لان الاختلاف
في الثمن قدرا او جنسا ما يوجب فسخ العقد لما ذكرنا في اصل الباب
اما الاختلاف في القيمة او في الثمن بناء على اختلاف القيمة ما لا يوجب
فسخ العقد فلا يصير كل واحد منهما مدعيا غير العقد الذي يدعيه
صاحبه ولهذا لو شهد شاهدان انه اشترى هذين العبدين بالف دينار
الا ان احدهما يقول قيمة العبدين يوم البيع على السواء والاخر يقول
قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفين تقبل الشهادة ولو اوجب فسخ
العقد لا تقبل كما لو شهد احدهما بالبيع بالف واخر بالبيع بالفين واذا لم
يتحالفا يكون القول قول البائع مع يمينه لوجهين احدهما انهما توافقا
على وجوب كل الثمن وادعى المشتري بعض العبد من المشتري

يدعونه

يدعونه ان قيمة الهالك كانت اقل وقيمة المردود اكثر فهو يدعي البراءة
عن الزيادة ان لم ينقد الثمن او ولاية استرداد الزيادة ان نقد والبائع
ينكر فكان القول قوله لانه لو انكر البراءة اصلا او ولاية استرداد
الثمن اصلا كان القول قوله فاذا انكر الزيادة كان القول قوله فاذا اقر
بقبض البعض وانكر البعض كان القول قوله كما لو غصب عبدين وادعى
ردهما واقر المالك بقبض احدهما كان القول قول المالك وكما لو ادعى
المديون ابراءه في ابقاء الدين وانكر رب الدين كان القول قوله كذلك هنا
وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لكن
معنى اخر وهو ان البائع بينته تثبت زيادة الثمن في قيمة العبد الهالك
عند المشتري فكانت بينته اكثر اثباتا فكانت اولى كالمغصوب منه مع الغاصب
اذا اختلفا في قيمة المغصوب واقاما البينة كانت البينة بينة المغصوب
منه وكما لو اختلف البائع مع المشتري في الثمن واقاما البينة كانت البينة
بينة البائع اولى وهذا لانه هو المثبت لفضل الثمن ظاهرا وان كان منكرا
لسقوطه حقيقة في البينات يعتبر الظاهر وفي الايمان يعتبر الحقيقة لان
الشهود لا يقفون على الحقيقة ولا يعلمون الا الظاهر فيعتبر ذلك في حقهم
ولما المتداعيين يعرفان الحقيقة فيعتبر ذلك في حقهم والبائع منكر
حقيقته فانه ينكر زيادة السقوط فكان القول قوله وهو مدعي من حيث
الظاهر فترجح بينته ولهذا لو اختلف المودع مع المودع في رد الوديعة
كان القول قول المودع لانه منكر حقيقة والبينة لانه مدع ظاهرا
والفقه فيه ان البينة حجة يثبت ظاهرا ما يدعيه المدعي بها ثم يكون حقيقة
واستيفاء بقولها الا ان صاحبها مثبتا صح دفعا بطريق الاولى وفي
اليمين لو [illegible] ما ينكره ظاهرا الا يثبت ما يدعيه حقيقة والفقه فيه
ان اليمين لا يصلح مثبتة فلم يكن في شرعها بناء على ظاهر الانكار فان قيل
فان قيل هذا في حال التعارض لان بينة المشتري تثبت زيادة براءة
عن الثمن ان لم ينقد الثمن وزيادة ولاية الاسترداد ان نقد وزيادة

ردّ المضمون في الغاصب اذا اقام البينة على ردّ العبدين والمالك اقام على
ردّ عبد واحد كانت البينة بينة الغاصب قبل لا زيادة بها لانه المشتري عن الثمن
وزيادة ردّ المضمون انما يثبت ضمنا لنفيه الالف اما الاخرى من قيمة الهالك فلا
تعتبر تلك الزيادة كما في ربّ الوديعة مع المودع اذا اختلفا فقال ربّ
الوديعة لم يرد وقال المودع رددتها واقاما البينة فالبينة بينة المودع لان
بينته مثبتة الرد وان كان في ضمن هذا الاثبات نفي الضمان عنه وبينة رب الوديعة
باقية وان كان في ضمنها ايجاب الضمان على المودع فرق بين هذه المسألة وبينما
اذا كان احد الاخرين العبدين ثمن على حدة ردّ احدهما ومات واختلفا في مقدار
حيث كان القول قول المشتري في ثمن المردود وثمن الباقي في قول ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله والفرق ان في تلك المسألة البائع يدعي على المشتري
زيادة الثمن للعبد الهالك في يد المشتري ينكر فيكون القول قوله وفي مسألتنا
المشتري يدعي البراءة عن زيادة الثمن وادعى زيادة المضمون والبائع ينكر
فكان القول قوله اما عند محمد رحمه الله تحالفان ويترادان على ما ذكرنا ولو ان
البائع قال ثمنهما واحد وهو الف درهم وقال المشتري ثمن الهالك خمسمائة وثمن
المردود الف وخمسمائة فعندهما القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد رحمه
الله يترادان ويتحالفان على القيمة لانه لا اعتبار للاختلاف في ثمن المردود
متى احتمل فيما في ثمن الهالك عند المشتري فالمشتري يقول ثمنه خمسمائة لا غير
والبائع يدعي الزيادة وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه وان علم ان الثمن
مستفاد من جهة المشتري وهو يدعي ان الثمن متصل وهو خمسمائة وجب بقسمته
على حدة وقد انفسخ العقد في المردود باتفاقهما والبائع يقول عنهما واحد
فيهما سواء فكان هذا اختلافا في قدر الثمن بعد هلاك السلعة فكان على الاختلاف
في المبسوط اذا اشترى عبدين وقبض احدهما ومات عنده ومات الاخر عند البائع
ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الاخر فالقول قول المشتري مع يمينه لان
حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبائع يقول قبضت ثلثي المعقود
عليه فان قيمة المقبوض الف وقيمة الاخر خمسمائة والمشتري ينكر ذلك ويقول

ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الاخر الف
والقول قول المشتري لانكاره القبض فيما زاد على الثلث الا ترى انه لو اشترى
كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقي عند البائع فقال المشتري قبضت منك
ثلثه وقال البائع نصفه كان القول قول المشتري مع يمينه ولو كان المشتري
قبض العبدين ثم مات احدهما عنده ووجد بالاخر ردّه بالعيب فاختلفا في قيمة الميت
كان القول قول البائع مع يمينه ووجه الفرق ان في هذه نحن نعلم ان
الثمن كله لم يتقرر على المشتري فالاختلاف بينهما في مقدار ما تقرر من الثمن
فالبائع يدعي زيادة فيه والمشتري ينكر وهنا اتفقا ان جميع الثمن تقرر على
المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشتري
يدعي زيادة في ذلك والبائع منكر فالقول قوله ويقسم الثمن على قيمة الذي
يريد ردّه غير معيب وعلى قيمة الميت كما اقربه البائع لان الانقسام
على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل في العقد غير معيب ولو اقاما
البينة على قيمة الميت اخذت بينة البائع ايضا لانها مثبتة الزيادة في المشهود
به وهو قيمة الميت والمثبتة للزيادة من البينتين ترجح ولو اشترى عبدا
بثوبين وتقابضا ثم استحق احد الثوبين فقال الذي كان عنده الثوبان
استحق اعلاهما ثمنا وقال الذي باعهما بل استحق الذي ارخصهما ثمنا فالقول
قول المشتري في الثوبين مع يمينه لانهما تصادقا على انه لم يسلم البائع الثوب
جميع العبد حتى استحق احد الثوبين واما الاختلاف بينهما في مقدار ما يسلم
لبائع الثوبين من العبد وهو يدعي زيادة في ذلك فعليه ان يثبتها بالبينة وان
لم يكن له بينة فالقول قول المنكر مع يمينه والله اعلم بالصواب

باب البيوع التي يقع فيها الاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري

اصل الباب ان المتبايعين اذا اختلفا في بدل السلعة حال قيامها تحالفا وترادا
على ما ذكرنا وان اختلفا بعد هلاك السلعة في يد المشتري فهنا على اربعة اوجه اما ان
تصادقا ان بدل السلعة كان عينا او تصادقا انه كان دراهم او دنانير او كيلا
او موزونا بغير عينه في الذمة لكن اختلفا في جنسه او قدره او تصادقا

على ان ثبت السلعة كان مبيعا ان يصادقا انه كان عوضًا الا انهما اختلفا في جنسه او قدره او اختلفا فادعى احدهما ان بدل السلعة كان عينا وادعى الاخر انه كان ثمنا او ادعى احدهما ان بدل السلعة كان عينا ومثمنا بعينه وادعى الاخر انه كان عينا كله ففي الوجه الاول لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويكون القول قول المشتري مع يمينه لما ذكرنا في الابواب المتقدمة وان غاية التحالف الفسخ فلا بد من قيام المعقود عليه كما في الاقالة وعند محمد رحمه الله يتحالفان على القيمة يتحالفان عندهم جميعا او يفسخ العقد على العرض الذي هو مقصود داوعلى الهالك باعتبار القيمة حكما وتبعا للقائم كما في الاقالة بعد هلاك احد العوضين في بيع المقايضة وفي الوجه الثالث ان كان المدعي للثمن هو البائع فالجواب فيه كالجواب في الوجه الاول وان كان المدعي هو المشتري فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني لان البيع قابل للفسخ في زعم احدهما غير قابل في زعم الاخر فوجب التحالف من وجه دون وجه فاوجبنا التحالف متى كان المدعي للثمن هو المشتري عملا بما يوجب التحالف ولم يوجب متى كان المدعي للثمن هو المشتري لانا لو اعتبرنا ما يوجب التحالف متى كان المدعي للثمن هو البائع لا يمكن تحليف البائع لان البائع انما يحلف وانما يحلف بدعوى المشتري والمشتري لا يدعي على البائع شيئا متى ادعى ان بدل السلعة كان عينا كله فلا يمكن العمل بهما واما اذا كان المدعي للثمن هو المشتري امكن تحليف البائع لان المشتري يدعي عليه بيع هذا البدل العين وهو منكر فكان كل واحد منهما مدعيا ومنكرا فيتحالفان وفي الوجه الرابع ان كان المدعي للثمن والمثمن هو المشتري من الثمن فالقول قول المشتري عندهما وعلى قيمة العرض فيما كان حصة السلعة من الثمن فالقول قول المشتري عندهما ولا يتحالفان وما اصاب حصة العرض يتحالفان ويغرم المشتري قيمة حصة العرض من السلعة للبائع وان كان المدعي للثمن والمثمن هو البائع لا يتحالفان عندهما والقول قول المشتري في الكل اعتبارا للبعض بالكل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى جارية وقبضها ثم ماتت في يده ثم اختلفا وقال المشتري اشتريتها

بالف بهذا الوصيف وقال البائع بعتكها بالفي درهم فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تقسم قيمة الجارية على الالف وعلى قيمة الوصيف فان كان قيمة الوصيف خمسمائة فخلا بالقول قول المشتري في ثلثي الجارية مع يمينه لان البائع يدعي انه باع ثلثي الجارية بالف وثلثمائة وثلثة وثلثين وثلث والمشتري يدعي انه اشترى الثلثين بالف درهم والسلعة هالكة فكان القول قوله وعليه الف درهم واما ثلث الجارية فالبائع يدعي انه باع ثلث الالف وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان والمشتري يدعي انه اشتراه بهذا الوصيف فيتحالفان لان المعقود عليه في احد الجانبين قائم وانه يكفي للتحالف لان المشتري يدعي الوصيف من البائع وهو منكر فيحلف واما عند محمد رحمه الله يتحالفان في الكل لما قلنا ثم اذا حرك التحالف في الثلث يتحالفان في الكل فيحلف البائع ما باع الجارية والوصف ويحلف المشتري ما اشتريتها بالعين فاذا حلفا غرم المشتري ثلث الجارية مع الالف التي اقر انها ثمن ثلثي الجارية لانهما اذا حلفا يفسخ العقد في ثلث الجارية فوجب عليه رده وقد عجز عن رده بالهلاك فيجب عليه قيمته كما هو قول محمد رحمه الله بعد التحالف بعد هلاك المعقود عليه وعنده يجب عليه قيمة الجارية وانما الحلف عندهما لان المشتري ادعى ان بدل الجارية عين ومثمن والبائع ادعى ان بدلها الثمن كله وقد ذكرنا ان في هذا القسم يتحالفان عندهما اعتبارا للبعض بالكل وانما نسب الاحر على زعم المشتري لان القول في جانب الثمن قوله وان كان البائع في التحالف حق المشتري واذا ازيد عما ان بعض الثمن عرض كان طالبا اليمين ثم ذكر ان عندهما يحلف كل واحد منهما على كل الجارية كما هو قول محمد رحمه الله ولا خلاف في صورة التحالف وانما الخلاف في الحكم بعد التحالف حتى يغرم ثلث قيمة الجارية عندهما وعنده جميع قيمة الجارية وانما يحلف كل واحد منهما على الكل عندهما وانما كان حكم التحالف مقتصرا في الثلث لان المقصود من الاستحلاف النكول والنكول انما يكون للتحرز عن الكذب ومتى حلفنا البائع على الثلث بالله ما بعت ثلث الجارية بالوصيف كما يدعيه المشتري او المشتري بالله ما اشتريت ثلث الالفين لا يبالي كل واحد منهما من

التحالف وإن كان الأمر كما يدعيه صاحبه لأنه يحلف متأولاً لأنه ما باع الثلث
بالوصيف وحده بل باع الكل ولا يكون كاذباً وكذا في جانب المشتري لأن
حصة الوصيف غير معلومة يقيناً وإنما يعرف بالحزر والظن فكان في هذا إشاعة
في الكذب وقيل على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يتحالفا إن اشترى بعرض
فيمتنع في كلها هو المذهب عنده في هلاك بعض السلعة والصحيح
أن هذا قول الكل لأن التحالف إنما يجري باعتبار قيام العرض وإنه في نفسه
في جانب المشتري في كل البدل المبيع ألا ترى أنهما لو تبايعا عرضاً بعرض
ثم هلك أحدهما يجري التحالف بالإجماع كذلك هنا وإذا لزم المشتري ثلث
قيمة الجارية عندهما أو كل القيمة عند محمد رحمه الله واختلفا في قيمتها فالقول
قول المشتري لأن عند انفساخ البيع فيها بقي مقبوضاً بضمان فيكون القول
قول القابض في مقدار ما عليه كالمودع والغاصب ومدار المسألة على أن
الصحيح في مسألة البيوع وهو ما إذا اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما
ومات أحدهما في يده أو أخرج عن ملكه ثم اختلفا في مقدار الثمن حتى يتحالفا
عند أبي يوسف في القائم يحلف كل واحد منهما على الكل كما هو قول
محمد لكن يترادان العقد في القائم وكذا لو قال المشتري اشتريتها بعبدك هذا
الوصيف لأن المعنى يجمعهما وكذا لو ادعى أنه اشتراها بألف وشيء من
العروض أو شيء من المكيل أو الموزون بعينه لأن المكيل أو الموزون بعينه
مثمن فصارا مدعيا أن بدل السلعة ثمن ومثمن ولو كان البائع ادعى أنه باع
هذه الجارية بألف درهم وبهذا الوصيف وقال المشتري اشتريتها بألفي
درهم فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان لأنه أنكر بيع الوصيف
والمشتري ادعى أن بدل السلعة كله ثمن والبائع ادعى أنه ثمن ومثمن
وهو قسم من الوجه الرابع وفي هذا القسم عندهما لا يتحالفان والقول
قول المشتري وهذا لأن مبنى التحالف من جانب المشتري مبني على زعمه
أن الثمن كله دراهم وقد هلكت السلعة بخلاف المسألة الأولى وكذا لو كان
المضموم إلى الوصيف دنانير أو مكيلاً أو موزوناً بغير عينه حتى كان ثمناً مطلقاً

ولو

ولو قال المشتري اشتريتها بألف درهم وبهذا الدينار وقال البائع بعتها
بالعبد فالقول قول المشتري لأنهما تصادقا أن بدل المبيع ثمن لكن اختلفا
في جنسه وهو الوجه الأول وفي هذا الوجه عندهما لا يتحالفان ويكون
القول قول المشتري مع يمينه وكذا لو ادعى أنه اشتراها بمائة دينار
وشيء من المكيل أو الموزون بغير عينه فالقول قول المشتري لأن المكيل
أو الموزون بغير عينه ثمن وهذا كله يتفرع على قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله أما على قول محمد رحمه الله في هذا كله يتحالفان ويترادان وفي المبسوط
لو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري بل هذه
الجارية بخمسين ديناراً يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأن
كل واحد منهما مدع ومنكر حقيقة لأن كل واحد منهما يدعي العقد
في غير آخر وإن أقاما البينة قضي بالبيع بألف درهم وخمسين ديناراً
لمحمد رحمه الله سوى بين البيع والسلم إذا اختلفا قبل الافتراق
بأن ادعى رب السلم أنه أسلم إليه عشرة في كر حنطة وقال المسلم إليه
أسلمت إلي عشرة في كر شعير وأقاما البينة فالبينة بينة الطالب عندهما
وعنه إن اختلفا بعد الافتراق فكذلك وإن كان قبله يقضي بسلمين
عشرة في كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم إليه
لأن البينات حجج يجب العمل بها ما أمكن ولا يجوز إبطال شيء منها وهنا
أمكن العمل بهما إذ لا منافاة بين العقدين بخلاف ما بعد الافتراق
فإنه ما انقبض في المجلس إلا عشرة ولا يمكن القضاء بالعقدين فرجحنا
بينة الطالب لهما أن الإقرار باختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما إلا عقد
واحد فلا يمكن القضاء بالعقدين تقرر أنه لا مقصود للمطلوب في هذه
البينة إثباتاً إلا زيادة في رأس المال وهو سالم وإنما مقصوده نفي دعوى
الطالب فرجحنا بينة الطالب الإثبات كما لو كان رأس المال ثوباً واحداً
ولأن بينة الطالب قامت على حق لنفسه وبينة المطلوب قامت على
حق الغير وبينة الإنسان على حق لنفسه أولى بخلاف ما إذا كان

رأس المال ثوبين فقال رب السلم أسلمت إليك هذا الثوب في كر
حنطة وقال المسلم إليه أسلمت هذا الثوب في كر شعير لأنهما لم يتفقا
على رأس مال واحد بخلاف العشرة لأن كل واحد منهما أقر بعشرة واتفقا
عليها وأن العشرين إذا أطلقنا انصرفنا إلى عشرة وأصل الأثر أنه لو
ادعى على آخر عشرين درهما وشهد أحدهما بعشرة وآخر بعشرة تقضي
بعشرة واحدة ولو كانت شهادة أحدهما غير العشرة التي كانت شهادة
الآخر لا تقبل فإن قيل كل واحد منهما يدعي عشرة مفردة [illegible] الذي
غير البدل الذي يدعي صاحبه فلا ينصرف إلى عشرة واحدة كما لو ادعى
على آخر عشرة وشهد شاهد بعشرة قرضا وآخر بعشرة عن بيع
لم يقبل لأن كل واحد منهما أضاف إلى عقد آخر قيل له هذا يبطل بالإجارة
فإنه لو قال أجرتك هذا البيت من هذه الدار بعشرة وقال المستأجر
بل أجرتني جميع الدار بعشرة وأقاما البينة قبلت بينة المستأجر
ويقضي بعشرة واحدة على جميع الدار وإن كان كل واحد منهما يقرونه
[illegible] على أن الشيء الذي يدعيه المسلم إليه لما لا [illegible]
اختلاف بيع العين فالبائع تثبت بينته إذا [illegible] العين عن [illegible] فتسقط
مؤنته عن نفسه التسليم إلى المشتري فكان هو مثبتا والمشتري
يقصد العقد بخلاف السلم لأنه لا مؤنة عليه تسليم ذمته
في الحنطة كانت أو شعيرا فكان مقصوده النفي فإن كان
المشتري اشتريت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم ونقدت
الثمن وقال البائع ما بعتك هذا العبد إنما بعتك جارية بهذه
الألف وقبضت الثمن ودفعتها فكل واحد منهما يحلف على دعوى
صاحبه فإن حلف البائع رد عليه العبد لأن العقد قد انتفى بيمينه
فيه وقد أخذ واليد أنه كان مملوكا في الأصل وإذا حلف الذي كان
في يده العبد ما اشترى الجارية فعلى بائعها رد الألف عليه وإن أقاما
البينة تقضي بالبيعين وعلى المشتري إذا ألف أخرى وإن قال البائع بعتك

هذه

هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتني معها هذا الوصيف بخمسين دينارا
وأقاما البينة قضيتهما جميعا للمشتري بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضى
بالعقدين لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما يثبته من
الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف
ومحمد رحمهم الله أما في قوله الأول وهو قول زفر والحسن رحمهما الله تقضي بهما
للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا إذا استوت قيمتهما وجه قوله الأول
أنهما تصادقا على بيع الجارية واختلفا في ثمنها فالبائع ادعى بيعها بمائة دينار
والمشتري ادعى شراءها بخمسة وعشرين دينارا لأنه ادعى شراء الجارية
مع الوصيف بخمسين دينارا فبينة البائع لأنها تثبت الزيادة فتقضي ببيع
الجارية بمائة دينار ثم المشتري ادعى شراء الوصيف بخمسة وعشرين
دينارا والبائع ينكر بيعه فتقبل بينة المشتري فصارا بمائة وخمسة وعشرين
دينارا الأخرى أن كل واحد منهما لو ادعى عقدا خلاف ما ادعى الآخر كان
الجواب ما قلنا عندهم جميعا وجه قوله الآخر أن البينة المثبتة للزيادة أولى
ثم في بينة البائع زيادة الثمن وفي بينة المشتري زيادة المبيع فتقضي ببينة
كل واحد منهما بالزيادة التي يدعيها ولو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك
هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة لزمه المبيع بالعبد
وتقبل بينة البائع دون المشتري لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وإنما
وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى من بينة المشتري على حقه ولأنه
تثبت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للإثبات لا للنفي

باب من البيوع التي فيها الاختلاف فيما يجب للبائع على المشتري

وللمشتري على البائع

أصل الباب ما ذكرنا غير مرة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر والبينة
تترجح بكثرة الإثبات وحرف آخر أن السلم يفسد باشتراط الخيار لهما أو لأحدهما
لأن خيار الشرط لعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط
الخيار وهذا لأن الخيار يمنع الملك فإذا كان لرب السلم لا يملك عليه رأس المال
وإذا كان الخيار للمسلم إليه لا يملك رب السلم عليه المسلم فيه فكان بمعنى عدم القبض

وعدم قبض راس المال في المجلس يبطل السلم عندنا فاشتراط الخيار فيه اولى لهذا
لان القبض حكم العقد والخيار يدخل على الحكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لانه
قوله على اني بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب كان داخلا على الحكم
ايضا فمعنى العقد وعند ادخاله على الحكم دون السبب اول يصار العقد
بشرط الخيار كالمتعلق بالشرط والمعلق بالشرط عدم قبله وبهذا تبين ان القبض
لم يتم والافتراق قبل تمام القبض يبطل العقد ولهذا لا يجوز الصرف مع شرط الخيار
الا ان يبطل صاحب الخيار خياره قبل ان يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا
خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبر تصحيح العقد الفاسد بالاستئناف فقط
وعندنا المفسد اذا زال قبل تقرره جعل كان لم يكن كاسقاط الاجل في البيع
الى الحصاد والدياس واسقاط الخيار في البيع اكثر من ثلثة ايام قبل دخول
اليوم الرابع عند ابي حنيفة رحمه الله لان العقد وقع فاسدا فصح باستقباله
كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحا بالاشهاد والنكاح الى الاجل وكما لو باع
بالقود رطل من خمر ثم اسقط الخمر وكما لو باع درهما بدرهمين ثم اسقط احدهما
لكنا نقول المانع من صحة العقد زال قبل تقرره فصح البيع كما لو باع فصا في
خاتم او جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه الى المشتري وهذا لانه امتنع انبرامه لشرط
منشعار في العقد فاذا ارتفع انبرم وتم كالبيع بشرط الخيار ثلثة ايام ينبرم ويتم
باسقاط الخيار قبل الثلث وتحقيق هذا الكلام وهو ان نفس الخيار ونفس الاجل
غير مفسد للبيع انما المفسد الافتراق قبل القبض وجهالة الاجل وقد انعدم ذلك
متى اسقط الخيار قبل ان يتفرقا ولان حالة المجلس كحالة العقد لهذا جعل قبض
راس المال في المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في
المجلس يجعله كالمقترن بالعقد وجهالة الاجل غير موجود في الحال فالمفسد ليس
زمان الحصاد بعينه ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ولاجله فسد
العقد ولهذا اتصال بعرض الفصل فاذا اسقطه قبل الاتصال تحقق
الانفصال فبقي العقد صحيحا كما في الجذع فانه غير مال متقوم لكن لاتصاله
بالسقف والضرر لا يصح البيع فاذا نزعه زال المانع لذلك ههنا حتى لو

افترقا او جاء زمان الحصاد وتحقق الاتصال تقرر الفساد بخلاف النكاح
لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعده والنكاح
الى اجل متعة والمتعة عقد اخر سوى النكاح وبخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار
السماء لان ذلك ليس باجل فالاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل
بكلامه فعلمنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد بخلاف الدرهم بالدرهمين بالف رطل
من خمر لانه انما فسد لمعنى مكن في صلب العقد على انه نص في كتاب الصرف
اذا اتفقا على اسقاط الخمر ينقلب صحيحا عندنا الا انه لا ينفرد به البايع
لانه تصرف في البدل فلا ينفرد احدهما ولا يتم الا بهما وههنا يتفرد من له الخيار
والاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه ولهذا اذا كان راس المال قائما
في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان انفقه حتى صار دينا عليه
لم يصح العقد باسقاط الخيار لان ابتداء السلم براس مال هو دين لا يجوز
فكذا باسقاط الخيار واشتراط تعجيل راس السلم مذهبنا وقال مالك
رحمه الله يجوز ان لم يقبض راس المال يوما او يومين بعد ان لا يكون مؤجلا
عنده الثمن في البيع فانه لا يشترط قبضه في المجلس الا ان ههنا يشترط ان
يكون حالا لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام بالنص ولا ينعدم
صفة الحلول بترك القبض يوما او يومين وانا نقول المسلم اخذ عاجل
باجل فيشترط فيه كون احد البدلين معجلا كما يشترط ان يكون الاخر
مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه كما قلنا في الصرف والتعجيل
انما يحصل بالقبض في المجلس وكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد
فانه اتم ما يكون من التعجيل لكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد
تيسيرا كما في الصرف ان كان راس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق
قبل قبضه قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان عينا ففي القياس
لا يبطل لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن مؤجل
ولكنه استحسن لمراعاة اتمام العقد ولان جوازه لحاجة المسلم اليه وانما
يتوفر حاجته اذا وصل راس المال اليه فيشترط وصوله اليه قبل ان يفترقا

بالعقد ثم خالا المجلس بحكم العقد فهذا الفسد وان كان عيبا اذا عرف هذا قال
محمد رحمه الله رجل عبدا بالف درهم ولم يقبضه حتى وجده اعور فقال البائع للمشتري
انت فقأت عينه قبل الشرى ولي عليك نصف القيمة للعور والثمن للشرى ولا خيار لك
لعلمك بالعيب وقال المشتري للبائع بل انت فقأت عينه بعد البيع وسقط عني
نصف الثمن ولي الخيار ان شئت اخذته بنصف الثمن وان شئت تركته ولا بينة
لواحد منهما فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما مدع ومنكر
صورة ومعنى اما البائع فلانه يدعي على المشتري نصف قيمة العبد وجميع الثمن وان
لا خيار له والمشتري ينكر ذلك كله والمشتري يدعي براءة نفسه عن نصف الثمن
والخيار ودخول العين في البيع والبائع ينكر ذلك كله فيحلف كل منهما ويبدا بيمين
البائع هذا هو الصحيح لانه اسبق انكارا لانه ينكر دخول العين في البيع وقال
بعضهم هذا قول ابي يوسف الاول رحمه الله كما قال في السلم انه يبدا بيمين المسلم
اليه وهو البائع والاصح ان هذا بالاتفاق لان البائع هنا قوله انكار لانه ينكر
دخول العين في البيع وينكر خيار المشتري والمشتري ينكر نصف القيمة فحسب
فكانت البداية بيمين البائع اولى قال في الكتاب لان البائع يزعم انه باع العبد
اعور والمشتري يزعم انه باع صحيحا فالمشتري يدعي الفصل وكان المدعى عليه
هو البائع فان قيل لم لا يترجح احدهما بالسبق كما في مسئلة زيد وعمرو وبيانه رجل
يقال له عمرو ادعى على رجل يقال له زيد الف درهم وانكر زيد ثم ادعى زيد على عمرو
الفي درهم وانكر عمرو فانه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويبدا بيمين
زيد لانهما استويا في الانكار ويترجح بالسبق فمن كان سابقا في الدعوى
يستحلف خصمه اولا لانه استحق عليه اولا وههنا لم يترجح بالسبق قيل له انما ترجح
اخر في الدعوى وقد وجد هنا لان البائع صاحب اصل والمشتري صاحب بيع
لان البدل من جانب البائع من جانب المبيع وانه اصل ولهذا ينفسخ البيع
بهلاكه ومن جانب المشتري البدل هو الثمن وانه تبع ولهذا لا ينفسخ البيع
بهلاكه ولهذا احتمل البيع الفسخ اذا كان المبيع قائما ولا يحتمل اذا كان
الثمن قائما والمبيع هالكا فكانت البداية لصاحب الاصل اولى اذا استويا

في الانكار بخلاف مسئلة زيد وعمرو لان ثمه لم يوجد مرجح اخر سوى السبق فرجح
به وبخلاف ما اذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة مقبوضة حيث يبدا بيمين
المشتري في قول ابي يوسف الاخر رحمه الله وهو الاصح لانهما ما استويا في
الانكار لان المشتري منكر صورة ومعنى والبائع لا ينكر حق المشتري
ولهذا قلنا التحالف بعد القبض يثبت نصا بخلاف القياس فلم يقع التعارض ليرجح
بالسبق وان كان قبل القبض فالبائع لا ينكر اصل حق المشتري وهو المبيع انما يدعي
لنفسه حق الحبس والمشتري ينكر اصل حق البائع فكان المشتري اشدهما انكارا
فلم يقع التعارض اما ههنا وقع التعارض ووجد مرجح اخر في حق البائع فيرجح وايهما
نكل لزمه دعوى صاحبه لانه متى ظهر القطع من البائع بنكوله انتفى عن المشتري لانه
بذل او اقرار وان حلفا فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ بالف درهم وان شاء ترك لانه
لما لم يثبت تعيبه فصار بمنزلة ما لو فات العين بآفة سماوية في يد البائع ولو كان
كذلك لا يسقط شيء من الثمن لان المبيع دخل في ضمان البائع بالبيع والاوصاف
لا ترد بالبيع ولا تفرد بضمان البيع فلا يسقط شيء من الثمن لكن تخير المشتري
لذلك هنا وكذا لو قدرنا ذهاب العين قبل البيع لانها لم تدخل في البيع فكان
كل الثمن مقابلا بالذات لكن يخير لوجود العيب وايهما اقام البينة على ما
ادعى يقبل بينته وان اقاما فبينة المشتري اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت
دخول اليد تحت البيع وبينة البائع تنفيه وتثبت الخيار للمشتري وتنفيه بينة
البائع الا ترى انه لو ادعى انه اشترى عبده بالف درهم وقال البائع
بعته منك اعور واقاما البينة فالبينة بينة المشتري لما قلنا فان قيل
بينة البائع تثبت ضمان القيمة وبينة المشتري تنفيه قيل له بينة المشتري
بزيادة الاثبات لما قلنا فان قيل بينة البائع تثبت الفقأ في وقت
سابق على بينة المشتري وكل واحد منهما قائمة في محلها بدليل ان كل واحد
منهما لو انفردت تقبل ولا تستحلف احدهما وقد مر في الابواب المتقدمة
ان البينتين اذا قامتا في محلها واحدهما اسبق والاخرى اكثر اثباتا كان
السابق اولى قيل له موضع المسئلة هنا ان البائع والمشتري اتفقا

على وقت القطع بان اتفقا ان وقت القطع صحيح امس الا ان المشتري يقول مع العبد
قبل ذلك والبائع يقول بعد ذلك وان كان كذلك لم يكن في الفقا تاريخ في البيع حتى
لو ارخا الفقا كان بينة البائع اولى كما في تلك المسألة العور وجسم بالقطع وكان
الفقيه ابو جعفر رحمه الله يحتمل ان محمدا رحمه الله عليه اليوم حين كتب
هذه المسألة ووقع عنده انه وضع المسألة في القطع وغيره كان يقول العور ليس عبارة
عن العمى بل هو اسم عام لجميع العيوب والعمى والقطع نوع منه فبذا الجنس
ثم عين العيب ولو تصادقا ان الفقا في يد البائع الا انهما اختلفا في وقته فقال البائع
فقأها قبل البيع ثم بعته منك بالف درهم وانت لم تعلم بذلك الخيار ان شئت
اخذته بكل الثمن وان شئت فرده وقال المشتري لا بل فقأت بعد البيع وسقط
عني نصف الثمن ولي الخيار ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري ويأخذ العبد
بحصته في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان شاء ترك ولم يذكر
قول محمد رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان القول قول المشتري عندهم
جميعا وروى اصحاب الامالي عن محمد رحمه الله ان القول قول البائع مع يمينه
وتخصيص قولها في التخريج على ظاهر هذا وهو الاصح من مشايخنا رحمهم
الله من قال هذه المسألة فرع المسألة ذكرها في كتاب الاقرار والزيادات ان من
اقر بقطع يد انسان وقال قطعت يدك وانت حربي وانا حربي وقال المقر له بل
قطعته وانا مسلم وانت مسلم فالقول قول المقر له عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله القول قول المقر وكذا لو اعتق عبده ثم قال
قطعت يدك قبل ان اعتقك وليس علي ارش يدك وقال العبد لا بل قطعت
يدي بعدما اعتقني ولي عليك ارش يدي على قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله القول قول العبد مع يمينه وعلى قول محمد رحمه الله القول قول
المقر مع يمينه ووجه البناء على تلك المسألة تبنى على اصل وهو ان من اقر بسبب
موجب للضمان واسند الى حالة معهودة منافية للضمان ظاهرا الا انه قطعا
هل يصدق في الاسناد ام لا عند محمد رحمه الله يصدق وعندهما لا يصدق
في الاسناد فنقول في مسألة الاقرار المولى اقر بقطع يد العبد ذا بيل

عن حالة الاقرار واسند الى حالة الملك فعندهما صدق في الاقرار بالقطع لانه
اقرار على نفسه ولم يصدق في الاسناد لانه بدعوى الاسناد يدعي خلاف
الظاهر لان القطع اثر حادث والاصل في الحوادث ان يحكم بحدوثها لاقرب
اوقاتها الا ان يثبت تقدمها على وقت ظهورها وابدا القول قول من يشهد له
الظاهر فكذا في مسألة الكتاب اقر بالقطع في ملك المشتري واسند الى حالة
تنافيه فلا يصدق في الاسناد وعند محمد رحمه الله يصدق في الاقرار والاسناد
جميعا لانه اقر واسند الى حالة معهودة تنافي تلك الحالة وجوب الضمان
فكان باعتبار الاسناد منكرا لوجوب الضمان والاخر مدع وابدا القول
قول المنكر فكذا في مسألتنا الا ترى انه لو قال لعبده اعتقتك وانا صبي او
مجنون وذلك معهود وقال العبد لا بل كان بعد البلوغ والافاقة كان القول
قول المقر وكذا لو قال قطعت يد عبدي هذا ثم بعته منك كان القول قوله
ولا ارش عليه وقيل بل هي مسألة مبتدأة ووجه قول محمد رحمه الله ان الخلاف
في الحقيقة وقع في دخول اليد في البيع فالمشتري يدعيه والبائع ينكر فيكون
القول قوله الا ترى انه لو انكر البيع اصلا كان القول قوله فاذا انكر بيع
اليد كان القول قوله والا الاصل دخولها في البيع باعتبار الاتصال والتبعية
خلقة فكان الظاهر شاهدا للمشتري فيكون القول قوله وانهما اقاما البينة قبلت
بينة البائع فلانه اثبت حقا وهو الفقا قبل البيع وله فيه حق وهو
ابراء نفسه عن ضمان الجناية وفي الحقيقة هو المدعي ولهذا كان القول
قول الآخر واما المشتري فلانه يثبت دخول العين في البيع فبراءة نفسه
عن نصف الثمن فقيل لهذا ثابت يقول المشتري لان القول
قوله عندهما فهو مستغن بالفقا ثابت يقول قيل له نعم لكن ثابت من حيث
الظاهر فيقول مع اليمين فهو بهذه البينة يستحق اخذ لسقط عنه
اليمين فيقبل كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وانكر المالك كان القول
قوله مع اليمين ولو اقام البينة تقبل بينته ولو اقاما البينة فبينة المشتري
لانها اكثر اثباتا لانها قامت على الاثبات صورة ومعنى اما الصورة فهو اثبات

امر حادث واما المعنى دخول العين في البيع وبراءته نفسه عن نصف الثمن وبينة
البائع قامت على الاثبات صورة دون المعنى لانها تنفي دخول العين تحت البيع وبراءة
المشتري عن نصف الثمن وكانت بينة المشتري اكثر اثباتا فكان القول قوله
باعتبار شهادة الظاهر والبينة بينته باعتبار الفضل وهذا لان البائع لما اقام
البينة على ما ادعى بعدم الظاهر الذي كان القول قول المشتري باعتباره فصار
محتاجا الى الاثبات ولا ظاهر له فوجب قبول بينته ضرورة ولو تصادقا ان المشتري
هو القاتل الا انهم اختلفوا فقال المشتري قتلته بعد البيع وعلي الثمن لا غير
ولا خيار لي وقال البائع بل قتلته قبل البيع ولي عليك نصف القيمة والعبد
لازم لك بجميع الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الظاهر شاهد
له لانه يدعي الفعل لاقرب الاوقات فكان الظاهر شاهدا له والثاني انهما
توافقا على ذلك الذات له وملك الذات عليه الملك للاوصاف والتوابع فكان
الظاهر شاهدا له وفي الامالي عن محمد رحمه الله ان القول قول البائع والاصح
ما ذكرنا هنا لانه يدعي ما هو الاصل لانه منكر لضمان الجناية حقيقة ولو اقاما
احدهما بينة تقبل بينته اما البائع فظاهر لانه يثبت حادثا وهو القتل وايجاب
نصف القيمة وهو مدع ولهذا كان القول قول المشتري واما المشتري فلانه
وان كان يثبت ما هو ثابت بقوله من حيث الظاهر لكن يثبت امرا حادثا ليسقط
اليمين عن نفسه وان اقاما البينة فالبينة بينة البائع على ما قال لانه هو المدعي
للفضل يعني نصف القيمة على المشتري والمشتري لا يدعي شيئا وروى اصحاب
الامالي عن محمد رحمه الله ان البينة بينة المشتري واليه ذهب مشايخ العراق
رحمهم الله وهكذا روى عن الكرخي عن محمد رحمهما الله لان محمدا رحمه الله استشهد
لمسئلة بعد هذا وفي تلك المسئلة البينة بينة المشتري فقال الا ترى ان رجلا لو كان
له عبدان احدهما مقتول والاخر حي فقال الرجل قد بعتك هذا الحي بالف درهم
وقتلت هذا بعد الاخر ولم ابعك المقتول وقال المشتري بل اشتريتهما بالف
وقتلت هذا الشري ولزمني الف درهم لا غير فالقول قول البائع المقتول
ويلزم المشتري قيمة المقتول في ماله في ثلث سنين لان القتل ثبت باقراره

وما يثبت بالاقرار لا تتحمله العاقلة وانما كان القول قول البائع لان المشتري
يدعي شراه وهو ينكر والملك في الحي لا يوجب الملك في المقتول لانه منفصل
عنه بخلاف العين في المسئلة الاولى لان ملك الذات يدل على ملك العين يعني العبد
الحي وقد اختلفا في ثمنه فالبائع يقول عند الف والمشتري يقول اقل من الف
لانه يزعم انه اشترى الحي والمقتول بالف والسلعة قائمة فيتحالفان ويترادان
وهذا الاستشهاد يوافق جواب محمد رحمه الله في رواية الامالي ان القول قول
البائع لانه ينكر دخول العين في البيع فيكون القول قوله ولا يستقيم على
جواب ظاهر الرواية فانه يخالف حكم المستشهد به الا ان نقول
انه يخالفه صورة موافقه وغرض محمد رحمه الله من هذا الاستشهاد ان يبين
ان من تمسك بالاصل كان القول قوله والمتمسك بالظاهر في العين
البائع لان الاصل هو الانفصال وكان الظاهر شاهدا له فيكون القول قوله
وفي العبد الواحد الاصل هو اتصال الطرف بالذات فكان الاصل دخوله
تحت البيع الذي يتناول الذات فمن ادعى بهذا الظاهر كان القول قوله وانه
اقام البينة قبلت بينته ايضا كان ومشتريا لما علمنا من قبل وان اقاما البينة
فالبينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا لانها تثبت دخول المقتول في البيع وانه
غير ثابت لا باقرار البائع ولا من حيث الظاهر وانفساخ البيع فيه وسقوط
الثمن بقسطه فكانت بينته اولى بالقبول وبينة البائع وان كانت تثبت ضمان
الجناية على المشتري فذلك ثابت بقول المشتري من غير بينة من حيث الظاهر
فالاستشهاد بهذه المسئلة يدل على ان البينة في المسئلة الاولى بينة المشتري
لان الاستشهاد انما يكون بنظير لا بضده الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب
ان البينة بينة البائع لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الضمان على المشتري
سوى ضمان البيع وهو نصف القيمة واما مسئلة الاستشهاد فقد قيل انه
من وجوه احدها ان هذا اشتراه وليس باستشهاد محمد رحمه الله في بعض المواضع
افسح المسئلة بلفظ الا ترى كما افسح بلفظ ارايت فانه ذكر في كتاب
الطلاق في باب الرد على من يقول ان الطلاق في بعض السنة لا يتبع ولا يبدا

بلفظ الاثري والثاني انه اراد به الفرق فاراد ان يؤكد قوله ولا تشبه
تجري على لسانه لفظ الاثري ليسهل قلبه امرين الامور والثالث
ان هذا ليس استشهادا لانه قال في اخره ولهذا لا تشبه العين في العبد
الواحد بعينه انه ما اورد هذه المسأله على سبيل الاستشهاد وانما اورد
للفرق بينهما ان في هذه المسأله البايع انكر بيع المقبول والمشتري يدعي
فبينة المشتري اولى وفي المسأله البايع اقر ببيع العبد والعبد بيع له ولكن
ادعى عليه ضمانا اخر فبينته اولى وان كان ذكر على سبيل الاستشهاد
لكن اراد به الاستشهاد ان عليه الحكم لا في الحكم بعد وهو والله اعلم
كانه قال الاثري ان في هذه المسأله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا
فكذا في مسأله الكتاب البينة بينة البايع لانها اكثر اثباتا ولهذا الاستشهاد
صحيح ولو تصادقا ان الاجنبي هو الذي فقا عينها لكنهما اختلفا فقال
البايع فقا عينه قبل الشري ولي عليه نصف القيمة وعلى المشتري
تمام الثمن ان اختار اخذه وقال المشتري فقاه بعد الشري ولي عليه
نصف القيمة ولك علي تمام الثمن فالقول قول المشتري لان الظاهر
شاهد له لما قلنا وان قال الفاقي فقات عينه قبل الشري لا يلتفت
الى قوله لانه لما اقر بفقا عين العبد حال اقراره بالفقا في ملك المشتري
صار بفقا الاقرار والاخر من بعد فاذا اقر لما اخذ من بعد لغيره
لم يصح اقراره لانه يريد ابرا نفسه عن ضمان المشتري لكن او اخذ
المال من بعد ثم اقر ان هذا المال للغير فان اقام احدهما البينة قبلت
بينته بايهما كان او جميعا لما قلنا فان اقاما البينة فالبينة بينة
المشتري لانها تثبت دخول العين في المبيع فكان اكثر اثباتا وقد ذكرنا
فيما اذا كان الفاقي هو البايع واقاما البينة ان البينة بينة البايع
ولا فرق بين المسألتين فاذن في المسألتين جميعا روايتان وجه
هذه الرواية ان بينة المشتري تثبت دخول العين في البيع وبينة البايع
نفيها فكانت بينة المشتري اولى لو تصادقا ان الفاقي هو البايع

واقاما البينة وجه تلك الرواية ان بينة البايع اكثر اثباتا لانها
تثبت ضمان نصف القيمة وبينة المشتري تثبت دخول العين تحت البيع
فاستويا في هذا الوجه الا ان بينة البايع اكثر اثباتا لان وجوب
ضمان نصف القيمة على المشتري غير ثابت الا باقرار المشتري ولا من
حيث الظاهر ودخول العين تحت البيع ثابت باقرار البايع من حيث
الظاهر لان الاقرار ببيع الذات اقرار ببيع الطرف ظاهرا فكان
بينة البايع اكثر اثباتا وكذا لو اختلفا في الفاقي فالمشتري فقا فلان
عينه بعد البيع وقال البايع لا بل فقاه فلان قبله فقبل بينة المشتري
على من ادعى الفقا عليه لانه هو المثبت لدخول العين في البيع
وتبطل بينة البايع على الاخر لانه لما ثبت القطع او الفقا من احدهما
انتفى عن الاخر ضرورة رجل اسلم الى رجل عشرة دراهم في
عشرة اقفزة حنطة ودفعها الى المسلم اليه على انه بالخيار
ثلاثة ايام فالسلم فاسد لان من شرائط صحة السلم قبض راس المال في المجلس
ولهذا الشرط شرط في كون المقبوض راس المال لانه انما يكون راس المال
اذا ملكه بعد القبض واذا كان الخيار لرب السلم لا يملكه المسلم اليه
بهذا القبض لانه بمنزلة خيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملكه
واذا كان لا يمنع زوال الدين عن ملك رب السلم وعندهما ان كان لا يمنع دخوله
في ملكه لكن يوجب تراخيه ولا يكون قابضا راس المال على الاطلاق
او ان كان لا يوجب التراخي لكن فسد البيع في هذه الصورة لعله
اخرى وهو ان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه
منفعة ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد ولان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع وشرط وانما جوزناه في بيع الاعيان نصا بخلاف
القياس لدفع الغبن وانما يحتاج اليه في عقد يحترز عن الغبن
فيه عادة وعقد السلم مبني على المغابنة لانه بيع المفاليس ولا يقع
الحاجة الى الاحتراز عن الغبن فيه ولا يحتاج الى الخيار فبقي مفسد

عملا بالنهي واصل القياس ولانه عقد مرخص فيه فلا يحتاج بالنص والرخصة
اشتباه المحظور مع قيام المحرم فيقوي النهي عن بيع وشرط والقياس
بهذا الاصل فلا يكون ورود الشرع بجواز البيع مع شرط الخيار ورودا
لهذا فان ابطل صاحب الخيار خياره قبل ان يتفرقا والدراهم قائمة في يد
المسلم اليه صح عند علمائنا الثلثة رحمهم الله لما ذكرنا في اصل الباب لانه
ملك المسلم اليه عند سقوط الخيار فلم يبق الا تاخير القبض الى اخر
المجلس وذلك لا باس به وان كانت مستهلكة لم يجز لانه لا يمكن تحقيق
القبض فيه ولا تفريع فيكون بيع الدين بالدين ذكر في البيوع من المبسوط
فان لم يجز مطلقا ولم يفصل وهو محمول على قيام راس المال في يد
المسلم اليه وهذه المسئلة ليست من جنس مسائل الباب وكان محمد رحمه
الله اورد هذه المسئلة وذكرها لتفريع عليها من جنس ما يشبه ذكره
من الاختلاف في شرط السلم والمسلم اليه بان قال احدهما اسقطت
الخيار قبل التفرق وجاز السلم وقال الاخر لا بل اسقطت بعد التفرق
ولم يجز او قال احدهما اسقطت الخيار قبل التفرق حال قيام راس المال
وقال الاخر لا بل بعد هلاك راس المال فكانت مسئلة السلم لها مدخلا
في هذا المقصود لكن اشتغل خاطري وذهب عليه التفريع او فوض
التفريع الى غيره او تركه احترازا عن الاطناب وان بينهما مناسبة
من حيث ثبوت اصل الخيار الا ان هذا الثابت خيار حكمي لعيب المبيع
فاجاز العقد وهذا خيار شرطي فابطله والله اعلم بالصواب

باب من القبض في البيع بالعيب

اصل الباب ان المشتري اذا احدث بالمبيع عيبا في يد البائع عيبا
في يد البائع عيبا ينقصه يصير قابضا له لوجهين احدهما ان بعضه
اتلف الكل بدليل انه ينقص بحصته من الثمن بخلاف ما اذا زوج الامة
قبل القبض فانه لا يصير قابضا استحسانا لانه لم ينقص العين
وانما هو عيب حكمي بمنزلة ما لو اقر عليها بالدين ولهذا لو تلف المبيع

حقيقة

حقيقة فصار للتالف حقيقة والباقي حكما لانه تبع اثره في الباقي حتى تسمى الكل
معيبا فيجعل قابضا باعتبار اثر فعله حكما نظرا للبائع دفعا للضرر عنه لانه لو هلك
المبيع قبل القبض ينفسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع معيبا بخلاف ما لو
عيبه الاجنبي فانه لا يصير قابضا للباقي حتى لو هلك لا يضمن الا الجزء التالف
لان التعييب لم يتصل بنفسه حقيقة وانما جعل قبضا حكما نظرا للبائع دفعا للضرر
عنه والعيب لا يتحقق بطريق الحكم ولهذا لا يثبت بالتخلية وغصب المنقول بدون
النقل ولانه لو لم يصر قابضا للجزء الباقي يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع وانه
لا يجوز والثاني ان المشتري يصير قابضا بالتخلي بالمبيع فاذا فعل فعلا يحصل
به التخلي بالمبيع يصير قابضا لان الواجب على البائع تسليم المبيع الى المشتري
ومعنى التسليم رفع المانع عن القبض فاذا خلى بين المبيع وبين المشتري فقد رفع
المانع فيصل المشتري بقبضه على معنى انه يتاكد عليه الثمن ولو هلك
يهلك على ملكه ولهذا لو وجد مثل هذا الفعل في ملك الغير يصير غاصبا للكل
حتى يجب عليه ضمان الكل بخلاف النكاح لانه لم يوجد فيه التخلي بالمبيع ولهذا
لو باع المبيع بعد التعيب يجوز بيعه لانه بيع من المبيع بعد القبض
وحرف احد ان المشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن
والثمن حال فللبائع ان يسترده ويحبسه حتى يستوفي الثمن لان المشتري
فوت عليه يدا مستحقة فكان له ولاية الاسترداد على ما ذكرنا في الابواب
المتقدمة ثم اي فعل يصير مستردا اي فعل لو وجد من الاجنبي في ملك الغير
يصير به غاصبا ويجب الضمان عليه فاذا وجد يصير مستردا واي فعل
لو وجد من الاجنبي لا يصير غاصبا اذا وجد من البائع لا يصير مستردا
لان العين خرج عن ضمان البائع والحاجة الى ادخاله في ضمانه فما لم يوجد
فعل يجب الضمان لا يدخل في ضمانه واذا وجد ذلك الفعل في البعض يصير
مستردا للبعض دون الكل حتى لو قبض المشتري بغير اذن البائع فقطع
البائع يده ولم ياخذ حتى مات من القطع ينفسخ البيع لان حق البائع
في الجنس لم يسقط بقبضه والسراية اذا اتصلت بالجناية كان

قبلا من اصله فكان للبائع قبله في يد المشتري فيصير مسترداً له وينفسخ البيع
الا ترى ان من غصب عبداً ثم قطع المولى من يده ثم مات من ذلك سقط الضمان عن
الغاصب لان المولى صار مسترداً او ان مات من غيره يعطي المشتري نصف الثمن
لا كله لانه استرد النصف واما انتقض قبض المشتري في النصف فبقي النصف
هالكاً في ضمان المشتري بخلاف ما اذا قطع يده في يد البائع ثم هلك من غيره ولم
يمنعه البائع حيث يجب عليه جميع الثمن ويجعل قابضاً لجميعه باتلاف بعضه
لان في الوجهين يقطع اليد يتمكن من قبضه فيجعل بمنزلة التخلية والمشتري
بالتخلية يصير قابضاً والبائع بالتخلية لا يصير مسترداً فلا يصير مسترداً
لما بقي وهذا لان الهلاك للمشتري والهلاك يمكن له من القبض فيمكن ان يجعل قابضاً للبعض
بالاتلاف لما بقي منه بالتخلي لكونه مملوكاً له فاما البائع ليس للهلاك وانما حقه
في الحبس الا ترى انه لو استهلك المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك ان
يحبسه فكيف استرداده لا يظهر الا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما
تلف بجنايته او بسراية جنايته وهذا لان قبض المشتري ايسر واسرع
من قبض البائع الا ترى ان البائع لو قال للمشتري خليت بينك وبين المبيع صار
المشتري قابضاً وان لم يقبل ولو قال المشتري للبائع رددت عليك لا يصير
رداً ما لم يقبل البائع ولان المشتري لما قطع يده فقد تأكد بيعه في النصف
وفي النصف الآخر محل التأكد فيصير ما بقي تابعاً لذلك النصف وتأكد
البيع في الكل اما اذا قطع البائع يده في يد المشتري فقد انتقض البيع في
النصف والنصف الآخر ليس بمحل للنقض فلا يصير تابعاً له الا ان يهلك
من جنايته ولان المشتري لا علاقة للنقض في البعض والبائع علاقة استرداد
البعض ليحتمل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى من
رجل ثوباً بعشرة دراهم فلم يقبضه حتى احدث فيه المشتري عيباً صار
قابضاً للكل حتى لو هلك الثوب في يد البائع قبل ان يحدث شيئاً يهلك
على المشتري ويتأكد عليه الثمن لما قلنا وان منعه ثم ضاع لم يكن للبائع
على المشتري الا حصة النقصان في قولهم لانه صار بالمنع مسترداً له وفي

الاسترداد

الاسترداد ينقض حق المشتري لا في قدر الهالك ويمكن جعله مسترداً لانه
فعل لو وجد من الاجنبي يصير غاصباً ويضمن مثل العبد الا ترى ان المودع
اذا منع الوديعة بعد الطلب والغاصب اذا منع ولد المغصوب بعد الطلب
يضمن فجاز ان يصير البائع مسترداً الا ان منع البائع لا يقطع السراية
حتى لو كان المبيع عبداً فقطع المشتري يده ومنعه البائع ومات من
القطع كان على المشتري جميع الثمن لما ذكرنا ان بالسراية صار قابضاً من
الاصل والمنع لا يقطع السراية لانه لا يبدل المالك والمستحق انما يفوت
يد المشتري فاذا كان حكم الجناية يثبت بدون يد ولان يبقى بدون يد
اولى لو كان الثوب في يد البائع حين احدث فيه المشتري العيب فلم يمنعه
بعد ذلك حتى لو هلك في يده من مال المشتري لان نفس الافعال هو كونه
في يده او في حجره او على عاتقه او كونه متسلماً له ما لا يضمن به مال الغير
فلا يجوز ان يصير به مسترداً الا ترى ان المستعير اذا فرغ من الاستعمال
وبقي الثوب او الخاتم في يده ولم يستعمله لا يصير ضامناً ولانه يحل
له ذلك بعد البيع ليتعين حقه في الثمن ولو كان غصباً لما حل له ذلك
في مال الغير الا ترى فلا يصير به قبض المشتري ولو كان قميصاً وهو لابسه
او دابة وهو راكبها او خاتماً وهو لابسه حين احدث المشتري فيه
عيباً ثم هلك هلك من مال البائع منعه بعد العيب او لم يمنعه لان
دوام اللبس والركوب فعل يضمن به مال الغير كابتداء اللبس الا ترى ان
من استعار ثوباً ليلبسه الى الليل فدام على اللبس بعد مضي اليوم
يصير ضامناً وهذا لان الدوام على ما يستدام بمنزلة الانشاء ولم يكن
دوام لبس الخاتم والدوام على الركوب فيصير البائع به مسترداً ولانه
فعل محل لا يجوز له ان يفعل بعد البيع فيصير به غاصباً ضامناً كالاتلاف
والامساك ولو كان المبيع داراً والبائع ساكنها فهدم المشتري
حائطاً منها يصير قابضاً لكل الدار لانه عيب الكل لما قلنا ولو دام
على السكنى ولم يمنعه بعد ذلك حتى غرقت وضاعت يجب عليه الثمن كله

في قياس قول ابي حنيفه رحمه الله لانه صار قابضا جميع الدار فهلك في ضمان
المشتري وعند ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يهلك من مال البايع وليس
على المشتري الا حصة الهدم بناء على ان سكنى الدار عند ابي حنيفه وابي يوسف
الاخر رحمهما الله فعل لا يضمن به ذا العقار فلا يصير البايع مستردا وعند
ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يضمن فيصير البايع مستردا وفي
المبسوط اذا اشترى عبدا فقطع المشتري يده صار قابضا للكل وقد ذكرنا
فلو قطع البايع الاخرى رجله من خلاف بعد ذلك فبرا منهما كان المشتري
بالخيار ان شا اخذ العبد بثلثة ارباع الثمن وان شا تركه وغرم نصف الثمن
لان بقطع اليد تقرر عليه نصف الثمن ثم البايع بقطع الرجل صار قابضا المشترى
في الباقي يتلف النصف مما بقي فيسقط عن المشتري نصف ما بقي من الثمن وله
الخيار فيما بقي من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البايع فان اخذ يلزمه
نصف الثمن مقابلة اليد وربعه مقابلة الباقي وان فسخ لزمه نصف الثمن مقابلة
اليد فان قطع البايع اولا يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فبرا منهما فالعبد
لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له لان البايع فوت نصفه فسقط الثمن
وثبت الخيار للمشتري في اخذه بنصف الثمن او تركه فلما قطع رجله صار
مسقطا الخيار لانه يصير قابضا جميع ما بقي بتلف بعضه وبمجرد قبضه
بعد العلم بالعيب مسقط خياره فقبضه مع الاتلاف اولى ولو ان المشتري
نقد الثمن حتى قطع يده ثم قطع البايع رجله من خلاف فبرا منهما فالعبد لازم
للمشتري ولا خيار له وعلى البايع نصف قيمة العبد مقطوع اليد وذلك
ربع الجميع لان المشتري صار قابضا لجميع العبد بالقطع ثم بقطع البايع
لا ينتقض قبضه لانه قد سلم الثمن وليس له حق استرداد الثمن حتى ينقض
قبضه فلا يجعل قطعه نقضا لقبض المشتري بخلاف ما تقدم فان هناك ينقض
قبضه ما لم يصل اليه فيجعل قطعه نقضا واذا بقي حكم قبض المشتري كان البايع في
القطع كاجنبي اخر فعليه نصف قيمته اقطع اليد وعلى المشتري كان الباقي
حكم قبضه ولا خيار له لتغير المعقود عليه بعد القبض ولو قطع البايع يده

حصة الثمن

ثم قطع المشتري رجله من خلاف لزمه العبد بنصف الثمن ويرجع على البايع بنصف
الثمن الذي اعطاه ولو اشترى رجل عبدا ولم ينقد الثمن حتى قطع البايع يده ثم
قطع المشتري رجله من خلاف فمات في يد البايع منهما فعلى المشتري ثلثة اثمان
الثمن لان البايع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري بقطع الرجل صار
متلفا نصف ما بقي وما بقي هو الربع لان سرايه جنايتهما واما بعد السرايه
في الحكم اصل الجنايه وحكم اصل جنايه البايع سقوط الثمن بحصة ما تلف به
فكذا حكم ما تلف بسرايه جنايه المشتري تقرر الثمن عليه فكذا
الحكم ما تلف بسرايه جنايته تحتاج الى حساب منقسم وبعد نصفين
واقله ثمانيه فعليه يتلف باصل جنايه البايع اربعه وبالسرايه سهم فلهذا سقط
عن المشتري خمسه اثمان الثمن وتلف بجنايه المشتري سهمان وبالسرايه
سهم فيتقرر عليه ثلثة الاثمان فان قيل قد ذكرتم ان المشتري
بجنايته يصير قابضا لما تلف وما بقي منه فينبغي ان يجب عليه نصف
الثمن قلنا نعم لكن للبايع حق الاسترداد فيما بقي فيكون مستردا لما
تلف بسرايه جنايته لان اثر سرايه الجنايه فوق اثر حبسه وقد
بينا انه لو حبسه بعد قبض المشتري وجنايه اسقط قبضه الاثر لما تلف
بسرايه جنايه المشتري فلا ينقض حكم قبض المشتري فيما تلف بسرايه
جنايه البايع كان اولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يده اولا ثم قطع
البايع رجله من خلاف فمات فعلى المشتري خمسة اثمان ويبطل عنه ثلثة
الاثمان لان بجنايه المشتري النصف اربعه وبسرايه جنايته سهم
وبجنايه البايع تلف سهمان وبسرايه جنايته سهم وان كان الثمن منقودا
والمشتري هو البادي فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا
للكل ولم ينقض قبضه بجنايه البايع وعلى البايع ثلثة اثمان قيمته صحيحا
لانه تلف باصل جنايته نصف ما بقي وهو الربع وبالسرايه ربع ما بقي والبايع
في هذا كاجنبي اخر وان كان البايع هو البادي رد على المشتري نصف الثمن
الذي اعطاه لانه تلف نصف المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فيه فيجب

عليه رد نصف الثمن ثم المشتري يقطع الرجل صار قابضا جميع ما بقي قبضا
ما فيتقرر عليه نصف الثمن الا ان نصف ما بقي وهو الربع تلف بجناية المشتري
ونصفه بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البائع فهو الثمن على
البائع حصة ذلك من الثمن عنه لانه لو تلف بجنايته بعد قبض المشتري
كان عليه ضمان القيمة فكذلك اذا تلف بسراية جنايته يجب عليه رد نصف
الثمن ومن القيمة فان قيل قد علمتم ان للقبض شبها بالعقد واذا كان باصل
العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية بان قطع يد عبد ثم اعتقه فكذلك
بقبض المشتري بعد جناية البائع وجب ان ينقطع حكم السراية قلنا عند البيع
لا ينقطع السراية ولهذا يسقط بالهبة والوصية لكن بتبدل المستحق بحكم البيع
هو القاطع لان المستحق هو المالك وقد استقل الى ملك المشتري بالبيع
وهذا المعنى لا يوجد في القبض فيه لا تبدل الملك ولا المستحق فان قيل فمعنى
التبدل حصل حكما ايضا فان بالقبض قبل الجناية قبل القبض تلف
على ملك البائع وما تلف بسراية جنايته تلف على ملك المشتري وبسبب
ذلك يتبدل الموجب فان اعتبرنا ما تلف بالجناية يسقط الثمن واعتبرنا ما تلف
بالسراية يجب القيمة على البائع قلنا لا لان اصل العقد ينفسخ العقد صار
مملوكا للمشتري بجناية البائع يتلاقى ملك المشتري وهو سبب الضمان
المتلف للمشتري عليه الا ان بقبض المشتري يفوت فيما تلف باصل جنايته
ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه حصته من الثمن واما ما تلف بسراية
جنايته فلم يفت قبض المشتري فيه فلهذا كان مضمونا على البائع بالقيمة وتبين
بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوات قبض المشتري لا لان حكم السراية
يخالف حكم اصل العقد في حكم الضمان ولو كان المشتري حين اشتراه نقد
الثمن او لم ينقد حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشتري باذن البائع او بغير
اذنه فمات في يده من ذلك فعلى البائع يبطل عن المشتري نصف الثمن بقطع
البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك في يد المشتري بجنايته لان البائع
صار متلفا نصف الثمن ويخير المشتري ان اخذ بنصف الثمن وترك وان شاء

قبضه

قبضه المشتري صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع سراية جناية البائع عنه لو
البرء فلهذا كان على المشتري نصف الثمن ولان القبض مساو للعقد ولو اشتراه
بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لان المشتري صار راضيا به فكذلك
المشتري فكذا هنا والا لو جعلنا البائع مستردا بسراية الجناية لجعلناه مستردا
ما شيئا حكما والقبض حصل حقيقة فلا ينفسخ الا بمثله لان الشيء انما ينفسخ
بما هو مثله او اقوى منه ولا ينفسخ بما هو دونه والقبض الحقيقي اقوى من
الحكمي الا ترى انه لو قطع يد عبد ثم غصبه غاصب ومات عنده كان
عليه قيمته مقطوعا لان قبضه حقيقي والمولى لو صار مستردا لصار مستردا
حكما وليس هذا كالجناية اذا قطع البائع يده ثم قطع المشتري رجله ثم مات
فكل شيء يحدث من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جنايته فان كان
الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك منه بجناية
البائع ان كان منقودا فعلى البائع قيمة القيمة واذا كان القبض بعد جناية
البائع باخذ المشتري ولا ضمان على البائع فيما تلف من جنايته في يد المشتري
من القيمة ولا يبطل عنه شيء ايضا لان القبض بالجناية حكمي وانما يبطل
اثره فيما يتلف به ولا يقطع السراية الى العقد شبهها بجناية البائع ولان
القبض الحكمي ينفسخ بمثله اما الاخذ باليد حتى يظهر في جميع ما بقي من العبد
وله شبهان بالعقد فيسقط به حكم سراية جناية البائع وهذا لان
بالقبض حسا يصير راضيا بما بقي من العبد بعد جناية البائع وبالجناية
لا يكون راضيا بتلك فيما بقي به هو متلف وانما ينقطع حكم سراية
البائع فيما يتلف بجناية المشتري او بسراية جنايته ضرورة الا ترى
انه لو قطع يد عبد ثم غصبه غاصب ومات في يده من الجناية كان عليه
قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات من الجنايتين كان
على الجاني ضمان ما تلف بجنايته وبسراية جنايته المالك فيه فيصح الفرق
بين القبض بحكم الجناية فان قيل الشيء ان المشتري اذا قطع يده والثمن
غير منقود ثم منعه البائع ثم هلك من القطع يهلك على المشتري فانفسخ منه

البايع وهو قبض حقيقة لسوا به جنايه المشتري قبل القبض في مسئلتنا قبض
حقيقي فصار واصلا من القطع والهلاك كما ذكرنا في الغصب اما منع البايع ليس
بانتقاض لكنه ابقا على الحاله الاولى فكان ذلك اضعف فلا ينفصل من القطع
والهلاك ولو قطع البايع يده ثم قطع المشتري يده الاخرى او رجله من ذلك
الجانب فمات من ذلك بطل عن المشتري بقطع البايع نصف الثمن ثم ينظر الى
ما ينقص العبد من جنايه المشتري بخلاف ما سبق لان فعله هناك ليس استهلاك
فانه غير مقرون بحبس المنفعه فجعل التالف بفعله نصفه ما بقي وهنا فعله استهلاك
حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعه البطش وبقوت منفعه
الجنس استهلاك حكما ولهذا لا يستحق ذلك في الرقبة لا يجوز اعتاق
مقطوع اليدين عن الكفارة او قطع الرجل من جانب اليد فقد فوت عليه منفعه
المشي لانه لا يمكنه ان يمشي بعضا بخلاف قطع الرجل من خلاف وعرفنا ان هذا
استهلاك ان النقصان فيه اكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت قيمه
الجاريه نقصه اربعه اخماس ما بقي بان كانت قيمته بعد قطع اليد الف درهم
وتراجعت بجنايه المشتري الى مايتي درهم تقرر على المشتري اربعه اخماس
نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك
على المشتري فحاصل ما وجب على المشتري من الثمن اربعه اعشار الثمن ونصف
عشر ويسقط عنه بجنايه البايع وسرايه جنايته خمسه اعشار ونصف
عشر ولو بدا المشتري ثم ثنى البايع فعلى المشتري خمسه اعشار الثمن ونصف
عشر ويسقط عنه اربعه اعشار ونصف عشر على ما ذكرنا والله اعلم

باب من الشري والبيع والقبض بغرام

اصل الباب ان المشتري اذا تصرف في المبيع بعد القبض بغير اذن البايع في
حال يكون للبايع حق الحبس لاستيفاء الثمن والتصرف مما يحتمل النقض بعد انعقاده
كالبيع والهبه والاجاره ينفذ تصرفه لقيام المطلق وهو الملك وانعدام المانع
وهو الغرور بالتنفيذ الا ان للبايع حق الاسترداد لان حق الحبس كان ثابتا له
فلا يبطل بتصرف المشتري اذا كان محتملا للنقض وان تعلق به حق الا ان

حق

حق البايع الاول كان سابقا على حق الثالث فكان مراعاته اولى لهذا ثبت
للشفيع حق النقض فالبايع اولى بخلاف المشتري شرا فاسدا اذا باع من
غيره بعدما انتقض او وهب لا يكون للبايع حق النقض وان كان قبضه فاسدا
واوجب النقض في القبض بغير امر البايع في البيع الجايز لانه ثمه وجب نقضه
حقا للشرع لا لحق البايع وانما يراعى حق الشرع اذا لم يتعلق به حق العبد
وهنا وجب النقض حقا للعاقد لانه لم يسلطه على ذلك وفي البيع الفاسد
سلطه وان حكم الشارع ثبوت الملك بالبيع الفاسد والملك مطلق للتصرف
تسليط على التصرف فلا يبقى حق النزع بعد التصرف ولا يبقى حق البايع
لوجود التسليط منه واذا استرد الاول من المتملك بطل ذلك التصرف
حتى لو نقد المشتري الاول الثمن وقبضه لا سبيل للمشتري الثاني عليه
لان قبض مشتري الاول كان موقوفا من النفاذ ان نقد الثمن قبل
الاسترداد وبين البطلان اذا استرد قبل نقد الثمن فاذا استرد بطل
من الاصل كسائر التصرفات الموقوفه وظهر ان تصرف المشتري
كان حاصلا قبل القبض ومثل هذه التصرفات في المبيع قبل القبض
لا يجوز وحرف اخر ما ذكرنا عندنا ان القضا على الغايب
لا يجوز قصدا او يجوز حكما وحرفه ان القيمه قايمه مقام العين في حق
الماليه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اشترى جاريه بالف
درهم وقبضها قبل نقد الثمن بغير اذن البايع وباعها بما به دينار وتقابضا
جاز البيع وللبايع الاول ولاية الاسترداد لما ذكرنا ان تصرف المشتري
الاول نافذ الا ان البايع ان يستردها من المشتري الثاني ان ادى المشتري
الاخر الى الامر كما وصف البايع في ابنه وقبضها قبل نقد الثمن بغير امر
كان له ان ينقضها لانه لما افسد بذلك فقد افسد قبض المشتري الاول
وبيعه كان موقوفا لحق البايع الاول ان له حق الاسترداد والحبس
والاجاره والنقض في الاختيار النقض كان له ذلك لان المشتري
الثاني بمنزله الغاصب في حق البايع وعن مشايخنا رحمهم الله من قال الصحيح

اقرار المشتري الثاني في حق الاسترداد من يده اما الابجح في حق نقض البيع
الذي جرى بين المشتري الاول لان ذلك حق الغايب وان انكر ما ادعى البايع
او قال لا ادري اصدق ام كذب لا خصومة حتى يحضر المشتري الاول
لان البايع اقر ان الجارية ملك المشتري الثاني لانه اشتراها من مالكها
لكن ادعى لنفسه حقا سابقا في الجارية على حق المشتري الثاني اذا كذبه
المشتري الثاني لم يكن له ان ياخذ ولا له ان يخاصمه حتى لو اقام البينة عليه لا تقبل
بينته لانه ادعى الحق بسبب جرى بينه وبين المشتري الاول والثاني ليس
بخصم عن الاول كما لو اشترى شيئا فقبضه ثم ادعى اخر على المشتري
ان البايع اخذ منه المبيع او رهنه منه قبل ان يبيع منه فان المشتري لا يكون
خصما لما قلنا كذلك هنا فرق بين هذا وبين المشتري اذا باع الدار المشفوعة
من غيره وغاب ثم حضر الشفيع كان للشفيع ان يخاصم الثاني والفرق
ان الشفيع كما يستحق الشفعة بالبيع الاول يستحق الشفعة بالبيع الثاني
وله الخيار ان شا اخذ من الاول ان كان حاضرا وان شا اخذ من الثاني فكان
له ان يخاصم الثاني لانه خصم فيما يتعلق بالبيع الثاني اما هنا البايع الاول يستحق
الفسخ بالبيع الاول لا بالبيع الثاني والبيع الاول جرى بينه وبين المشتري
الاول ولا يكون له ان يخاصم الثاني ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان
هذا على قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قياس قول ابي يوسف
رحمه الله يكون المشتري الثاني خصما للبايع الاول بنا على مسلتين احديهما
ما ذكر في شفعة الجامع ان رجلا لو اشترى دارا وباعها من غيره او وهبها وغاب
المشتري الاول ثم حضر الشفيع واراد ان ياخذ بالبيع الاول فان صدقه
المشتري الثاني له ان ياخذها وان لم يصدقه فلا خصومة بينهما عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكون خصما والثانية ما ذكر في
الماذون لو باع عبده الماذون المديون وغاب ثم حضر الغرما فان صدقهم
المشتري فلهم ان ينقضوا البيع وان كذبهم ولا خصومة بينهم عندهما وعنده
المشتري خصم وينقض بدينهم لان الشي في يده وهو يدعي الملك لنفسه والا

سبب خصما لمن يدعي فيه حقا الا ترى ان من اشترى شيئا شرا فاسدا
فادعى رجل انه ملكه يكون خصما كذلك هنا ولو ان المدعي اراد ان
يفسخ عقدا سوى الغايب وفيه قضا على الغايب فلا يجوز ولانه لا فايدة
في جعله خصما لانا اذا جعلناه خصما لغيره ينقضوا البيع يعود العبد الى
ملك البايع ولا امكن بيعه في ديونهم لان في بيعه قضا على الغايب وانه
باطل فلا يجعل خصما ولو غاب المشتري والبايع حاضر لا ينقض البيع الا
نفاق (?) لانه قضا على الغايب وان حضر المشتري الاول واقام البايع الاول
البينة على ما ادعى من القبض بغير اذنه ورده عليه الا ان يحضر المشتري
الثمن لان البينة قامت على خصم حاضر فصار الثابت بالبينة اذا ما
دلت كالثابت معاينة القاضي وان لم يقم البينة وصدقه المشتري الاول
لا يعتبر تصادقهما في حق المشتري الثاني لانهما يريدان ان ينقضا البيع الثاني
وتصادقهما ليس بحجة عليه بخلاف ما اذا اقام البينة ولو نقد المشتري
الثمن قبل الاسترداد بعد بيعه ويبطل حق الاسترداد لان البيد (?)
ليثبت لمقصوده انما المقصود بعد حقه في الثمن فاذا حصل بطل
حقه في الاسترداد ولو قبضه من الاصل يثبت انه باع بعد القبض
فقد وان لم ينقد الثمن حتى استردها بطل البيع الثاني لانتقاض قبضه
من الاصل ولو نقد المشتري الاول بعد ذلك واخذ الجارية لم يكن للمشتري
الثاني عليها سبيل لان بيعه قد بطل ولا يعود الا بالتجديد هذا اذا كانت
الجارية قايمة في يد المشتري الثاني وان ماتت في يده فللبايع الاول ان يضمنه
قيمتها فيكون في يده حتى ينقد المشتري الاول الثمن لانه وجب عليه
رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقام العين
ولان المشتري الاول كان بمنزلة الغاصب في حق بايعه لانه قبض
عليه يدا مستحقة فيكون المشتري الثاني بمنزلة غاصب الغاصب في
حق البايع الاول والمغصوب اذا هلك في يد غاصب الغاصب كان
للمغصوب منه تضمينه كذلك هنا ولا يلزم عدم كونها مضمونة عليه

بالقيمة حقا له لان الشيء الواحد لا يكون مضمونا بضمانين لواحد على واحد فاما هنا
مضمونه على المشتري بالقيمة للبائع الاول وبالثمن للبائع الثاني وصار كالغاصب
اذا باع المغصوب فانه يكون مضمونا على المشتري للمغصوب منه بالقيمة
وللبائع بالثمن ولانه مضمونه على الاول بالثمن وهو نوع قيمة فيستقيم
ان يكون مضمونا على الثاني فان اخذ البائع الاول القيمة فهلكت في يده
انتقض البيعان لان القيمة قائمة مقام العين ولو كان المبيع قائما واسترده
فهلك في يده انتقض البيعان فكذلك اذا هلكت القيمة ويرجع المشتري
الاخر على المشتري الاول بالثمن الذي اعطاه لان البيع بعد الفسخ فيرجع
بالثمن كما لو هلك المبيع ولو لم يهلك القيمة في يد البائع الاول حتى نقد
المشتري الاول الثمن لم يكن للمشتري الاخر على القيمة سبيل وسلمت
للمشتري الاول لانها قائمة مقام العين ولو كان العين قائما لم يكن للمشتري
الثاني عليها سبيل فكذلك القيمة ولم يذكر ان المشتري الاول هل يحل له ام لا
وينبغي ان يحل لان النقض متى انتقض فيما بينهما من الاصل صار ذلك
بمنزلة عيب حصل في المبيع قبل القبض واذا سلمت القيمة للمشتري الاول
فان كانت القيمة من جنس الذي نقده بائعه يتصدق بما زاد على الثمن وان كانت
القيمة لمثل لانه تمكن فيه شبهة الربا لان للقبض شبها بالعقد والشبهة
الاولى قبض العين من البائع واعطاه الثمن ولو كان هذا عقدا على الحقيقة كان
ربوا فاذا كان له شبه بالعقد تمكنت شبهة الربوا فيثبت في الزيادة نوع
خبث فلزمه التصدق كما قلنا فيمن اشترى عبدا بالف درهم وقيمته الفان
فقتل قبل القبض خطا وان جعلنا استقل الى القيمة قبل القبض لانها في يد
البائع فعند انتقاض القبض كان هذا الحاصل في ضمان بائعه فيكون
ربح ما لم يضمن بمنزلة قبل العبد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن
ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول بالثمن الذي اعطاه لان اخذ القيمة
من الثاني كاخذ عين المبيع فينفسخ البيع بينهما فله ان يرجع بالثمن وفي
المبسوط اذا اشترى الرجل عبدا بالف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا بقبضه

فقبضه قبل نقد الثمن بغير امر البائع فهلك العبد في يده فللبائع ان يضمن
الوكيل قيمته فيكون في يده حتى يعطيه المشتري الثمن لان البيع صار
فلو كان للمشتري لكن للبائع حق الحبس فقبض الوكيل في حق البائع بمنزلة
الغاصب ولو غصب منه رجل فهلك في يده كان له ان يضمنه القيمة فكذا
هذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير اذن المرتهن وهلك في
يده بخلاف ما لو قبضه المشتري بنفسه وهلك في يده لان بقبضه
تقرر عليه الثمن ولا يجب عليه القيمة اذ لا يجوز ان يجتمع ضمانان على واحد
بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل لا يوجب عليه ضمان الثمن فيوجب
القيمة لحق البائع ثم اذا استرد البائع القيمة فاسترداد العبد ان كان
فان اداه اعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لانه في حق المشتري
امين بمنزلة امين وانما ضمن لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة
اليه كما لو اوفى المشتري الثمن قبل ان يضمن البائع الوكيل ولو
توت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشتري كما لو هلك
العين ثم يتبع الوكيل المشتري بالقيمة لان في القبض عامل له امين وقد
لحقه فيه ضمان فيرجع عليه ولو كان المشتري اعتق المبيع قبل القبض
لم يكن عليه قيمته لان اعتاقه بمنزلة قبضه ولو كان الوكيل هو الذي قبض
العبد ثم اعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سواء في
حق البائع لانه تقرر عليه استرداده بهذا السبب فهو كالموت ولهذا
لان امر المشتري الوكيل بقبضه عند مغيبه في حق البائع لانه لا علم
قبضه بنفسه بحق البائع فكذلك لا يملك امر غيره به ولو ان المشتري
امر رجلا باعتاقه فاعتقه المامور نفذ في قول ابي يوسف الاول رحمه الله هذا
والامر بالقبض سواء في جميع ما ذكرنا لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض
الا ترى ان المشتري لو باشره بنفسه يكون بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل
غيره به فهو والوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال الاعتاق على الوكيل
لكن يرجع البائع على المشتري بالثمن وهو قول محمد رحمه الله في هذه رواية

عن أبي حنيفة رحمه الله ووجه ذلك أن الوكيل بالإعتاق يعتق عن
المشتري فيكون ذلك إعتاقا من المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن
ولا يوجب ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه ويتقرر بهذا أن تحمله بالإ
عتاق إذا حصل مقصورا عليه لا يحصل به الإتلاف ولا يبطل به حق
البائع وإنما يحصل به الإتلاف إذا انتقلت عبارته إلى المشتري ألا ترى
أنه لو أعتقه بغير إذنه كان باطلا ولا يجب عليه ضمان وإذا انتقلت عبارته
إلى المشتري كان هذا مقررا الثمن عليه فلا يوجب القيمة أما القبض
فعل محسوس يوجب الحكم على القابض إذا حصل مقصورا عليه ألا ترى
أنه لو قبضه بغير إذن المشتري كان موجبا عليه ضمانه فكذلك إذا قبض
بإذنه لأنه لا معتبر بإذنه في حق البائع والله أعلم بالصواب

باب اختلاف البائع مع المشتري في الثمن

أصل الباب أن الملك إذا اختلفا في سبب الملك كان القول قول المملك
في بيان سببه مع اليمين لأنه لو أنكر سبب الملك أصلا كان القول قوله
وإذا أنكر ما عدا المعين كان القول قوله وحرف آخر أن القول
قول القابض في تعيين المقبوض مسلما كان أو ضمينا كالمودع والغاصب
ومن ادعى حقا على غيره بسبب عين في يده وأنكر المدعى عليه وجحده
أصلا أو جحده بسبب هذا العين كان القول قوله أما الأول فلأنه
لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فهنا إذا أنكر تعيينه كان القول
قوله وأما الثاني فلأنه لو أنكر حقه أصلا كان القول قوله فإذا أنكر
حقه بسبب هذا العين كان القول قوله أيضا إذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا بألف درهم وقبضه ووهب
له البائع أيضا عبدا آخر وقبضه فمات أحدهما في يده وأراد المشتري
أن يرد الباقي بالعيب فاختلفا فقال البائع إنما بعتك الذي مات وهذا
الذي وهبت لك وليس لك الرد بالعيب وقال المشتري الموهوب
هو الذي مات وهذا هو المبيع فالقول قول البائع لأن الملك هو

البائع فالملك يستفاد من جهته فكان القول قوله في بيان السبب
ولأن المشتري يدعي على البائع الفسخ في هذا العبد فهو منكر فكان
القول قوله كذا هذا لأن اختلافهما في الحقيقة وقع في القائم أما الميت
مستغن عن بيان سبب الملك ولأن المشتري يقول له المبيع هذا أريد
أن يثبت لنفسه الخيار وتوجه الخصومة على البائع وهو منكر فكان
القول قوله مع اليمين ولو لم يجد العيب لكن أراد البائع أن يرجع في
العبد وقال المشتري هذا الذي بعتني والذي وهبت قد مات وقال البائع
هذا هو الموهوب كان للبائع أن يرجع في هذا بعد أن يحلف بالله ما باعه
هذا العبد لأن المملك هو وكان القول قوله في بيان السبب أنه ملكه
بسبب الهبة فإذا اختلفا أخذ العبد من المشتري وإذا أخذ كان
للمشتري أن يرجع بالثمن على البائع بعد ما تحالفا لأنهما جعلا الثمن مقابلا له
الميت لأن التملك في الثمن يستفاد من قبله فكان القول قوله أنه
ما بقي الثمن بإزاء الحي لا بإزاء الميت ويحلف كل واحد منهما لأن كل واحد منهما
مدعي ومدعى عليه ثم إنهما نكل أحدهما عن دعوى صاحبه وإذا حلفا لم يبطل
الأمر فيضمن المشتري قيمة الميت للبائع والفرق بين هذه المسألة وبين
المسألة الأولى أن ثمة لا يرجع بالثمن على البائع وهنا يرجع والفرق
أن في المسألة الأولى العبد الذي بإزائه الثمن في زعمه سالم له لما امتنع
الرد بالعيب جاز أن يسلم للبائع ثمنه ثم زعم المشتري أما هنا لما رجع
البائع في الهبة وأخذ العبد لم يسلم للمشتري العبد الذي بإزائه الثمن في
زعمه فلا يسلم للبائع أيضا ثمنه في زعم المشتري وجب التحالف في
هذه المسألة ولم يوجب اليمين على المشتري في المسألة الأولى والفرق
أن في هذه المسألة كل واحد منهما يدعي على صاحبه شيئا فالبائع يدعي
الرجوع في الهبة والمشتري يدعي الثمن فجرى التحالف أما في المسألة الأولى
البائع لا يدعي على المشتري شيئا فإنه لا يرجع في الهبة فلا يحلف
المشتري ثم أوجب التحالف في المسألة عندهم جميعا وإذا كان

العبد الهالك فرق ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله بين هذه المسئلة وبينما
اذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن والسلعة هالكة حيث لا يتحالفان
والفرق ولهوان عند اتفاقهما على ان التمليك حصل بجهة واحدة وهو البيع
بقي الاختلاف في مقدار الثمن والبائع ادعى الزيادة والمشتري ينكر
فكان القول قول المشتري مع يمينه اما في مسئلتنا اختلفا في جهة
التمليك والتملك ادعى عليه العبد الهالك بالبيع والمشتري يدعي تملك
العبد الهالك بالهبة والبائع ينكر فاعتبر اختلافهما في الجهة فوجب التحالف
واذا تحالفا بطل البيع ولا الهبة في الميت فوجب رده لتحقق القبض
منه وقد عجز عن رده فيجب قيمته ولهذا لان القول قول البائع في الهالك
انه ملكه بالبيع وقد اخذ الثمن من يد غيره ورد المبيع وقد عجز عنه
فان قيل كيف يضمن قيمته وقد تصادقا بانه قبضه باذن البائع
قيل له انما اذن البائع بالقبض على وجه البيع فاذا لم يثبت البيع
لم يثبت الاذن فبقي القبض بغير اذنه ومن قبض مال انسان بغير
اذنه وهلك في يده يضمن قيمته الا ترى ان المقبوض على سوم الشرا
مضمون على القابض وان قبض باذن المالك كذلك ههنا وان كان العبدان
مشتري الا انه اشترى احدهما بالف والاخر بمائة دينار كل واحد منهما
حقيقة على حدة ثم تقابضا وهلك احدهما واراد المشتري رد الباقي
بالعيب واختلفا في ثمنه كان القول قول المشتري في ثمن المردود
مع يمينه اما القول قوله لان الملك في الثمن يستفاد من جهته فكان
القول قوله واما لا يتحالفان فان اختلفا في ثمن المردود وهو قائم لان
ما هو المقصود من التحالف في القائم وهو الفسخ قد حصل بالرد
بالعيب لانهما توافقا ان الرد بالعيب قد صح وخرج عن العقد وانفسخ
البيع فيه فلا معنى للتحالف فلو جرى التحالف انما يجري لمكان الهالك
لان الاختلاف في ثمن المردود اختلاف في ثمن الهالك الا انه هلاك
السلعة يمنع التحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند

محمد رحمه الله يتحالفان لان الهلاك عنده لا يمنع التحالف بخلاف ما اذا تقايلا
ثم اختلفا في الثمن قبل قبض البائع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان وان انفسخ البيع
لان الاقالة عقد جديد في حق الثالث والتحالف قبل القبض ثبت موافقا للقياس
فيتعدى من البيع الى الاقالة للجامع بينهما وهو ان المشتري يدعي حق الفسخ الى
ان يقبض ما يدعي من الثمن والبائع ينكره والبائع يدعي حق الاسترداد
اذا ادى قدر ما اقر به من الثمن والمشتري ينكر والاقالة قابلة للفسخ كالبيع
فيتحالف كل واحد منهما فتترادان الاقالة ويعود كل واحد منهما الى راس ماله
ولهذا قيس الوارث على العاقد اذا كان التحالف قبل القبض اما بعد قبض
البائع العبد بحكم الاقالة لا يتحالفان عندهما لان التحالف بعد القبض ثبت
نصا بخلاف القياس في البيع من كل وجه والاقالة ليست ببيع من كل
وجه ولو كانا حيين والمسئلة بحالها ورد المشتري المعيب بالثمن الذي
ادعى وتحالفا وترادا في الباقي اما رد المعيب بالعيب ويكون القول قول
المشتري مع يمينه في ثمن المردود فلما قلنا واما التحالف فلانهما اختلفا
في ثمن الباقي والسلعة قائمة والمقصود من التحالف لم يحصل في حق الباقي
فيتحالفان وترادا ورجع المشتري على البائع بالف درهم وبمائة دينار عندهم
لان البيع انفسخ بينهما في احدهما بالرد بالعيب وفي الاخر بالتحالف والتراد
بينهما تقدم ثم قال محمد رحمه الله في الكتاب اذا رد احدهما فالقول قول
المشتري في عينه واذا لم يرد واحدا منهما فالقول قول البائع في عينه معناه
والله اعلم اذا رد احدهما انفسخ البيع بعد ذلك الاختلاف بينهما في الثمن
او كيفيته فيكون القول قول المشتري لانه لم يبق العقد واذا لم يرد احدهما
فالقول فيه قول البائع لان الاختلاف بعد ذلك يكون في نقيضه المبيع قال
الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله قال
مشايخنا رحمهم الله اراد محمد رحمه الله بقوله القول قول البائع مع يمينه
اذا اختلفا في الثمن والعبدان قائمان فانهما يتحالفان بالاجماع الا ان
محمدا رحمه الله قال القول قول البائع في يمينه ولم يذكر

ايضا ان القول قول المشتري مع يمينه لانه لا اشكال في كون القول قول
المشتري مع يمينه لانه منكر ولا اشكال ايضا ان من كان القول قوله يكون
مع يمينه فلهذا لم يذكر يمين البايع ولا يمين المشتري وفي بعض النسخ ذكر يمين
المشتري في قال القول قول المشتري في ثمنه مع يمينه ولم يذكر يمين البايع
لما ذكرنا ان العقد ينفسخ بالرد فبقي الاختلاف في الثمن واذا لم يرده واختلفا
في الثمن يتحالفان الا انه لم يذكر يمين المشتري لانه ظاهر لكونه موافقا للبائع
وانما ذكر يمين البايع لانه يحلفه يخالف الظاهر رجل اشترى عبدا بالف
ولم ينتقده ثم جا المشتري بالعبد يرده بالعيب فقال البايع لم ابعك هذا
بل بعتك غيره فالقول قوله مع يمينه وعلي المشتري البينة فرق بين هذا
وبين اذا كان في البيع خيار الشرط او الرويه والمسله بحالها كان القول
فيه قول المشتري والفرق ان المشتري في خيار الشرط والرويه منكر
والبايع مدع لان من له خيار الشرط والرويه ينفرد بالفسخ بغير قضا ولا
رضاه اذا انفسخ البيع بينهما بقي اختلافهما فيما بقي في قبضة المشتري من
البايع فيكون القول قول المشتري لانه منكر غير الاتري ان القول قول
الغاصب والمودع اما من له خيار العيب لا يملك الرد بالعيب بعد القبض
الا بقضا او رضا فلم ينفسخ البيع لمجرد رده فكان الاختلاف واقعا في ثبوت
حق الرد بالعيب فالمشتري يدعي علي البايع حق الرد والبايع ينكر فكان
القول قوله وان كان المبيع غير مقبوض واراد البايع ان يلزمه فقال المشتري
ليس هذا الذي بعتني فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه المبيع الا ان
يقوم عليه بينة انه هو المبيع ويلزمه ان لم يكن فيه خيار وان كان له خيار رده
ايضا لان البايع يدعي الالزام عليه وهو ينكر ولو قال ما اشتريت منك
شيا كان القول قوله فاذا قال ما اشتريت منك هذا كان القول قوله ايضا
واذا كان فيه خيار للبايع وهو في حكم البايع والملك المعلق بالشرط والمعلق
بالشرط عدم قبله فكان الزام البايع اياه بمنزلة ابتدا التمليك من هذا الوجه
فالبايع يدعي ثبوت حق التمليك له في هذا العين والمشتري ينكر ولو انكر

العقد اصلا كان القول قوله نوضحه ان البايع لا يملك بحكم خيار الشرط الزام
البيع الا اذا كان المبيع قايما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس بحجة علي المشتري
في احد الشرطين بدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه بخلاف البايع الا ان
يخالف المشتري اذا ادعي الرد بالعيب بعد القبض في انه لا يقبل قوله
في تعيينه بدون التضمين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض وفي المبسوط
اذا اشتري عبدا وطي وافرانه وطي ولم يبع وقبضه ثم جا بعد ذلك يرده
وقال وجدته كرا بيشا لم يصدق والثمن له لازم لانه متناقض في دعوته
والمناقض لا قول له ولان بسبب خيار الرويه انما يتمكن من الفسخ اذا
احضر المعقود عليه والذي احضره كرابيس والمعقود عليه وطي بزعمه
فلا يتمكن من فسخ العقد علي غير المعقود عليه ولو اقام البينة لا تقبل
بينته لان البينة انما تقبل بعد دعوى صحيحة ودعوته فاسدة للتناقض
وان كان قال لا ادري اوطي هو ام لا ولكني اخذته علي قوله فانظر اليه
ثم جا به يرده وقال وجدته كرابيس كان مصدقا فيه مع يمينه لان المشتري
كان له حق الفسخ بخيار الرويه وهو ينفرد بالفسخ بخيار الرويه والشرط
واذا انفسخ العقد فيه بقي المقبوض في يده ملك البايع فكان القول
قوله في تعيينه وهذا لانه غير متناقض في كلامه هاهنا لم يسلم القبض لقول
الوطي فكان القول قوله وفي الاول متناقض ولو اشتري ثوبا وقال
البايع هروي فقال المشتري لا ادري وقد رآه ولكني قد اخذته علي ما تقول
وقد وجدته يهوديا لم يصدق لانه قد كان راي المعقود عليه فليس
له خيار الرويه ليبني دعوته حق الرد للمشتري في هذا العين والبايع
ينكر ولا نقبل قوله كما اذا ادعي المشتري العيب بالمبيع وانكر البايع واذا هلك احدهما

باب من البيوع التي تكون من اسير فلول الثمن فيهما

اصل الباب ان فوات المعقود عليه قبل القبض يوجب بطلان
العقد ويسقط الثمن وفوات بعضه يوجب سقوط الثمن بقدره
وفوات اوصاف المعقود عليه لا يوجب بطلان العقد ولا سقوط

شي من الثمن ولكن يوجب الخيار للمشتري على ما ذكرنا والنخيل في بيع الارض
اصل من وجه تبع من وجه اما الاصل لانها عين قائمة بذاتها متقومة بها قبل القطع
وبعده ولهذا يجوز بيعها على الانفراد بخلاف اطراف الحيوان واما تبع لانها
قائمة بالارض مركبة فيها للقرار ويزيد بها مالية الارض فصارت بمنزلة
وصف من اوصاف الارض ولهذا يدخل في بيع الارض تبعا من غير تسمية
ويستحق بالشفعة تبعا فصار بمنزلة اطراف الحيوان اذا ثبت هذا
فنقول يجب اعتبارها اصلا في حال وتبعا في حال لتعذر اعتبارها اصلا وتبعا
في حالة واحدة فقلنا اذا لم يسم له ثمنا على حدة ولم يبق الى يوم القبض
يعتبر تبعا حتى لا يسقط شي من الثمن بمقابلته كاطراف الحيوان واذا
سمي له ثمن على حدة او بقي الى وقت القبض صار اصلا حتى ينقسم الثمن
عليهما ويسقط حصته بهلاكه لان الارض والنخيل لو احدا ولا بد من
عملا بهما بالقدر [illegible] ولهذا كان تبعا من وجه لان قوامه بالباقي
ومتصل به اتصال قرار واصل من وجه لانه بعد القطع شي ما لا
يتقوم قلنا اذا سمى لكل ذراع ثمنا يصير اصلا ولم يسم يكون
تبعا عملا بهما اما الثمار فهي تابعة للاشجار ومدارها عند ابي يوسف
رحمه الله وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تابعة للاشجار في الارض
وقد ذكرنا هذا في الابواب المتقدمة اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله رجل له ارض ولآخر فيها نخيل بغير ارض فامر صاحب
النخيل صاحب الارض ببيع النخيل مع الارض فباع الكل بالف درهم
صفقة واحدة وقيمة النخيل خمسمائة جاز البيع لانه في البعض اصيل
وفي البعض وكيل والثمن بينهما نصفان لان النخيل اذا بقي الى وقت القبض
وقبض المشتري مع الارض صار اصلا فصار له حصة من الثمن
وقيمتهما على السواء فانقسم الثمن عليهما نصفين كالولد الحادث قبل القبض
اذا قبض صار اصلا وانقسم الثمن على الام والولد كذلك هنا الا ان
هنا تعتبر قيمة الولد يوم القبض وهنا تعتبر قيمة النخيل يوم العقد لما

تبين

تبين انه لم يقبض المشتري الارض حتى اصاب النخيل آفة سماوية من حرق
او غرق وذهب هلاكا فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الارض بجميع الثمن وان شاء ترك
اما الخيار فلان الارض قد تعيبت بفوات النخيل والاصل مما تعيب لفوات التبع
كالحيوان اذا تعيب بفوات طرف منه وحدوث العيب قبل القبض يوجب
الخيار للمشتري ولانه انما هو اصل من وجه تبع من وجه ولو كان ما هو تبع من كل
وجه يخير فهذا اولى واما الاخذ بجميع الثمن فلان النخيل تبع وفوات التبع
قبل القبض لا يوجب سقوط شي من الثمن كالولد اذا هلك قبل القبض الا انه
اذا تعيب الاصل يخير كالجارية اذا ولدت واذا لم تتعيب لا يخير كالشاة اذا
ولدت ولا يوجب العيب ويكون كل الثمن لصاحب الارض اذا اخذ لان
الثمن يقابل بالاصل وكل الاصل ملكه ولان الثمن انما ينقسم بالقبض
والقبض انما ورد على الارض خاصة وان ذهب نصف النخيل وبقي نصفه
واختار المشتري اخذ ذلك الثمن كله فلصاحب الارض ثلثة ارباع
الثمن ولصاحب النخيل ربعه لانه لو هلك كل النخيل يرجع كل عينه الى
الارض فاذا هلك نصفه رجع نصف عينه الى الارض فهكذا ذكر
في الكتاب وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الثمن بينهما اثلاث
ثلثاه لصاحب الارض وثلثه لصاحب النخيل وهو قول الحسن رحمه
الله لانه لما ذهب النخيل قبل القبض صار كان لم يكن فصار كانه باع
الارض ونصف النخيل وقيمة الارض خمسمائة وقيمة النخيل مائتان
وخمسون فيكون الثمن بينهما اثلاثا وكما لو اشترى جارية قيمتها
الف درهم فولدت ولدا يساوي كل واحد خمسمائة ثم هلك احدهما
قبل القبض ينقسم الثمن على الجارية والولد الثاني اثلاثا كان الميت لم يكن
كذلك هنا الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب لان البيع تناول الكل
ولو ذهبت النخيل كلها قبل القبض كان لصاحب الارض جميع الثمن
ولو بقي النخيل كلها الى وقت القبض كان لكل واحد منهما نصف الثمن
فاذا ذهب النصف وبقي النصف يجب ان يكون لصاحب النخيل ربع

الثمن ليكون للذاهب عينا وللباقي عينا بخلاف ما اذا هلك الكل لانه لم يبق
شي يمكن اعتباره من الثمن بمقابلته فيصير مقابلا بالاصل ويخلو الولد لانه لا يدخل
تحت المقابلة الا عند القبض الذي له شبهة بالعقد فجاز ان يعتبر قيمته يومئذ
والولد يوم القبض واحد فيقسم الثمن باعتبار قيمته يوم القبض وقيمة الام يوم
العقد اما النخيل انما يقسم الثمن عليها وعلى الارض باعتبار قيمتها يوم العقد
بالاجماع لانها كانت موجوده وقت العقد ودخلت تحت المقابلة الا انها
تابعة فلم تكن النخيل نظير الولد الا ان ما هلك يرجع حصته الى الاصل كما لو
هلكت كله فصار في التقدير كان ثمن الارض سبعمائة وخمسون وقيمة النخيل مائتان
وخمسون ولو كان زاد فيقسم بينهما ارباعا لذلك ههنا ولو لم يقبض المشتري
الارض والنخيل حتى اثمر النخيل ثمرا يساوي خمسمائة مثل قيمة النخيل ومثل قيمة
الارض اخذ المشتري الكل بالثمن الذي اشتري به لانه زيادة قبل القبض فصار
مبيعا وقد بقي الى وقت القبض فصار اصلا ويقابله شي من الثمن يقينا فيقسم
الثمن بين صاحب الارض وصاحب النخيل اثلاثا ثلثاه لصاحب النخيل وثلثه
لصاحب الارض لان الثمن يقسم على قيمة الارض والنخيل يوم العقد لانهما كانا
موجودين لدى العقد وقيمة الثمرة يوم القبض كالولد لانها حدثت بعد العقد
قبل القبض قيمة الثمرة يوم القبض خمسمائة فهو مثل قيمة كل واحد منهما يوم العقد
فيقسم اثلاثا وهو كالبنت اذا ولدت بنتا ثم البنت ولدت ولدا قبل القبض
ثم قبض المشتري الكل انقسم الكل يقسم الثمن على الكل باعتبار القيمة
بعد قيمة الولد يوم القبض وقيمة الام يوم العقد وكما لو اشترى جارية
وولدها فولدت الولد ولدا قبل القبض ثم قبض الكل وقيمة الولد الاخر
مثل قيمة كل واحد من الاثنين الا ان ههنا يقسم الثمن ارباعا نصفه بمقابلة
الام والنصف بمقابلة الولد الاول مع ولدها لان الولد الاول اصل بنفسه
وليس تبع الام ولهذا لا يدخل تحت بيع الام فصار كما لو اشترى جاريتين
وولدت احديهما اما ههنا النخيل تبع للارض يرجع على ما ذكرنا قالوا وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما يجعلان الثمرة تابعة للارض والنخيل

جميعا

جميعا فيقسم الثمن على الكل فيصير حصة الارض ثلثا بعدما كان نصفا اما
عند ابي يوسف رحمه الله لصاحب النخيل نصف الثمن لان عنده الثمرة تابعة
للنخيل خاصة فكان ثمن النخيل منقسما على النخيل والثمر نصفين وقد ذكرنا هذا
ولو كان البايع حين باع الارض والنخيل ابيعك هذه الارض والنخيل التي فيها
بالف درهم كل واحد منهما بخمسمائة والارض والنخيل لرجل واحد وكانت الارض
لرجل والنخل لاخر فاصاب النخيل آفة وذهبت كله اخذ المشتري الارض بثمنها
وهو خمسمائة ان شا وان شا ترك اما التخيير فلما قلنا واما الاخذ بخمسمائة فلان
النخيل صار اصلا لانه سمي له ثمنا لانه مما يجوز افراده بالعقد وصار كما لو اشترى
جارية وارضا بالف درهم وقيمتهما سوا فهلكت الجارية قبل القبض فانه ياخذ
الارض بخمسمائة الا انه لا يخير لان هلاك الجارية لا يوجب عيبا في الارض
بخلاف هلاك النخيل ويكون الخمسمائة لصاحب الارض لانها بدل ملكه
فان لم يهلك النخيل لكنها اثمرت ثمرا يساوي خمسمائة وبقي الى وقت القبض
فقبض المشتري الكل فالارض بخمسمائة والنخيل والثمر بخمسمائة بالاجماع والثمر
زيادة في النخيل خاصة لان النخيل اصل في هذا الفصل وليس بتبع فلا
تكون الثمرة تابعة للارض فصار كما لو اشترى جاريتين قيمة كل واحد منهما
خمسمائة بالف درهم فولدت احديهما قبل ولدا يساوي خمسمائة يكون خمسمائة من
الثمن بازاء التي لم تلد وخمسمائة بازاء التي ولدت وما اصابها يقسم بينها وبين ولدها
كذلك ههنا اما في الفصل الاول والثمر تابعة للنخيل تابعة للارض فكانت الثمرة
تابعة لهما جميعا وهذا لان تسمية الثمن لكل واحد منهما على حدة يصير كل واحد
اصلا كما لو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع فوجد تسعة لا ينقص
شي من الثمن ويخير المشتري ولو وجد احد عشر فيسلم له من غير ثمن ولو قال
كل ذراع بدرهم ينقص حصته من الثمن لان بالتسمية صار كل ذراع اصلا الا
ترى انه يجوز افراده بالعقد ولهذا لو قطع وسلم يخير المشتري على اخذه
وان اطلق عليه اسم النقصان قال محمد رحمه الله ولو كان الارض
لرجل والنخل لاخر فباعاها له بالف درهم بهذا او الرجل الواحد اذا باعهما بالف

درهم شيئا ولو باع كل واحد منهما الذي له بخمسين في صفقة واحدة فهذا والواحد
اذا باعهما صفقة واحدة كل واحد بخمسين سواء يريد به انه لا عبرة بتعدد العاقد
واتحاده انما العبرة للتسمية وعدم التسمية لان المعنى يجمع الكل والله اعلم

باب من التقايض في البيع والتقايل في ذلك

اصل الباب ان صحة الاقالة وبقاءها يعتمد قيام المعقود عليه دون قيام
الثمن لانها الرفع حكم العقد وقيام حكم العقد بقيام محله ومحله المعقود عليه
الذي يرد عليه العقد فانما يبقى ببقاء المعقود عليه من كل وجه ولهذا بيع العبد
بالثمن اوسعا به من وجه كما في بيع المقايضة والصرف فان كل واحد منهما مبيع
من وجه اما الثمن فمعقود به يذكر العقد بمقابلة المبيع فان البيع عبارة عن التي
عمل بالثمنية اعتبارا بالاصل ذكر الثمن بعد ذلك فلا يكون العقد محلا ومتى لم
يكن من المحل في شئ لا يكون العقد متعلقا به فلا يبقى ببقائه ولا يعتبر بقائه وفواته
والسلع معقود عليها لان المعقود عليه ما يقصد بالتملك والتملك والسلع
والعروض كذلك الدراهم والدنانير اثمان لانها لا تجوز ان يقصد بالتملك
والتملك وانما يقصد بها لغيرها لتحصيل ما يقصد بالتملك والتملك والمكيلات
والموزونات ان كانت باعيانها تجعل مبيعة وان كانت دينا موصوفة تجعل ثمنا
وهو معنى قول المشايخ رحمهم الله اعيانها سلع واوصافها اثمان لانها تجوز ان
يقصد بالتملك والتملك لكونها مبيعا بذاتها حقيقة ويجوز ان يقصد بها
تحصيل الاشياء لانها امثال متساوية ويحتمل لم يعينها علمنا انه قصدها بالقلب
فجعلناها ثمنا واذا عينها فقد قصدها بالتملك فجعلناها مبيعة واذا كانت
الاقالة تعتمد قيام المبيع من كل وجه او من وجه فنقول المبيع من كل وجه
او من وجه ما لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولهذا لا يجوز الاستبدال
براس المال ان كان من الاثمان لانه مبيع من وجه لا يجوز الاستبدال بالمسلم
فيه ايضا لانه مبيع من وجه وقيام احدهما يكفي لصحة الاقالة والثمن من كل
وجه ما يجوز الاستبدال به قبل القبض على ما ذكرنا في الابواب المتقدمة
وحرف اخر انما لا يمنع ابتداء الاقالة لا يمنع بقاء الاقالة لان البقاء

اسهل

اسهل من الثبوت وما يمنع الابتداء يمنع البقاء لفوات المحل اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل اشترى عبدا بكر حنطة بعينه وتقابضا فمات
العبد ثم تقايلا جازت الاقالة مع علمهما بموت العبد ورجع صاحب الكر بكره
وصاحب العبد بقيمته لان الكر اذا كان بعينه كان مبيعا ولهذا لو وجد بالكر
عيبا كان له ان يرده ويأخذ العبد ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا ولهذا
لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس لبائع الكر ان يأخذ مكان الكر بدله غيره
ولهذا حكم المبيع ولهذا لو هلك الكر قبل القبض ينفسخ العقد كما في بيع
العبد بالعبد اذا هلك احدهما وبقاء المبيع من وجه يكفي لصحة الاقالة لبقاء المحل
الذي يعقد عليه واذا صح الرفع في الذي هو قائم ارتفع في الهالك ضرورة
لانه لا يتصور قيام عقد المعاوضة بدون العوضين واذا ارتفع حكم لزمه
رده وقد عجز عن رده فيلزمه قيمته وفي بعض النسخ ذكر انه يصح الاقالة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الاقالة عند ابي يوسف رحمه الله بيع جديد
فيكون بيع الطعام بقيمته حينئذ فيكون فاسدا وقد ذكرنا قبل هذا
ان الاقالة عنده انما تعتبر بيعا جديدا اذا كان باكثر من الثمن الاول او باقل
منه اما عند الاطلاق فهي رفع وفسخ عنده ايضا ولو اشترى به كر حنطة
موصوفة في الذمة وتقابضا فهلك العبد في يده ثم تقايلا لم تجز الاقالة
لان الكر الموصوف في الذمة ثمن وليس بمبيع ولهذا لا يشترط قيام الملك
لصحة العقد ويجوز الاستبدال به قبل القبض ولو وجد بالمقبوض عيبا ورده
لا يبطل البيع ولو كان العبد قائما وتقايلا لا يجب عليه رد المقبوض بعينه
فكان المبيع هو العبد وقد هلك فلا يتصور ارتفاع العقد بالاقالة استشهد
محمد رحمه الله فقال الا ترى انه لو اشترى عبدا بالف وتقابضا ثم هلك
العبد ثم تقايلا لم تصح الاقالة لان القائم عند الاقالة انما يصح حال
قيام المبيع بخلاف ما اذا اسلم عبدا في كر حنطة موصوفة وسلم العبد
فهلك ثم تقايلا صحت الاقالة لان الطعام مبيع ولهذا لا يجوز
الاستبدال به ولو قبض الطعام في السلم ثم تقايلا يلزمه رد عين الطعام

فمتى كان الطعام مبيعا صحت الاقالة عند قيامه وفي المبسوط اذا اشترى
خادما بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه باع ما ليس عنده وهو ملك غيره
فهذا بيع ما ليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفقة وهي جهالة تفضي
الى المنازعة فان قال بكر حنطة جيد او وسط او ردي ففي القياس لا يجوز
لان المكيل والموزون في الحقيقة مبيع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرائط
السلم بالنص وفي الاستحسان يجوز لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى
جزورا بكر تمر ثم استقرض تمرا فاعطاه اياه ولان المكيل او الموزون
اذا لم يكن بعينه فهو يثبت في الذمة ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وانه
صحيح كما في الدراهم والدنانير وقد ذكرنا ان اعيانها سلع واوصافها
ثمن يثبت في الذمة كالعرض الى اجل فان لم يبين الاجل جاز كالعرض وان
بين جاز ايضا لان السلم بخلاف الثوب فان ثبوته في الذمة اصل
واحد وهو السلم فلا يجوز فان استهلك البائع الكر ووجد بالجارية
عيبا وردها اخذ كرا مثل كره وكذلك لو كان ذلك الكر قايما عند
البائع بعينه كان له ان يرد مثله لان حال المشتري مع البائع عند الفسخ
كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته
يعطيه المشتري من اي موضع شا فلذلك البائع يفعله عند الفسخ وهذا
لان رد الجارية اسقط البيع فبقي الكر في يد البائع مقبوضا بحكم عقد
فاسد والمقبوض بعقد فاسد اذا كان كيليا او وزنيا يكون مضمونا
بالمثل وكذا كل ما يكال او يوزن او يعد بخلاف ما اذا كان الثمن ثوبا
ووجد بالجارية عيبا وردها وقد استهلك البائع الثوب يلزمه قيمة الثوب
لانه ليس من ذوات الامثال وقد وجب عليه رده وعجز عن رده بالهلاك
فيضمن قيمته كما في الغصب الا ترى ان في البيع الفاسد يضمن قيمته
فكذا في نقض الملك بالرد بالعيب ولو اشترى عبدا بنقرة فضة
بعينها وتقابضا ثم تقايلا بعد موت العبد جازت الاقالة لان النقرة
يتعين بالتعيين في عامة الروايات ولهذا لا يجوز التصرف والمضاربة بها

احترازا

احترازا عن ربحٍ ما لم يضمن فكانت مقايضة فيصح الاقالة عند قيام احدهما واذا
صحت الاقالة رد النقرة ويلزم الاخر رد العبد وقد عجز عن رده فيلزمه قيمته
ونعني القايم بقيمة العبد دنانير احترازا عن الربا لان قيمة العبد انما
تعرف بالحزر والظن فربما تكون القيمة اكثر من النقرة او اقل وفي
الاقالة شبهة العقد فيكون كمالك النقرة بدراهم اكثر منها وزنا او اقل
فيكون ربوا ولان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وحرمة الربا حق الشرع
فيكون بيعا جديدا في حقه فيجب الاحتراز عن الربا احتياطا بخلاف ما اذا
اشترى العبد بالدراهم او الدنانير حيث لا يجوز الاقالة بعد موت العبد لان
الدراهم والدنانير اثمان بكل حال عينت او لم يعين ولو اسلم العبد في طعام وسلمه
فمات العبد ثم تقايلا جازت الاقالة استحسانا وفي القياس لا يجوز لان
العبد اذا هلك صار العقد بحال لا ينفسخ بالعيب فكذا بالاقالة وجه
الاستحسان ما ذكرنا ان المسلم فيه مبيع ولهذا لا يجوز بيعه قبل القبض فصار
في الحكم كالبيع القايم من احد الجانبين وكذا لو قبض الطعام ثم هلك العبد
ثم تقايلا جازت الاقالة لما قلنا ووجب عليه رد الكر المقبوض وان تقايلا قبل
قبضه برئ المسلم اليه عن طعام ويلزمه رد قيمة العبد ... اشترى
عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا بعد ما هلك احدهما قبل القبض لم تبطل الاقالة
وعليه الذي هلك في يده قيمة الهالك لان كل واحد منهما مبيع من وجه وهلاك
احد العوضين لا يمنع ابتدا الاقالة فلا يمنع البقا بطريق الاولى لان بعد
هلاك احدهما بقي العقد محلا للفسخ برد الاخر بالعيب واذا بقيت الاقالة
صحيحة فعلى الذي بقي العوض في يده ان يرده ولو كان عليه فيرد والاخر
عاجز عن رد الهالك فيغرم قيمته ولو هلكا انفسخت الاقالة وعاد الامر الى
ما كان قبل الاقالة لان هلاكهما يمنع ابتدا الاقالة فيمنع البقا لان بقا الشي بمحله
ومحله انعدم من الطرفين لان المعقود عليه عند الاقالة فقد حسب
وقد فات ولانه لم يبق محلية الفسخ بالرد بالعيب بعد هلاكهما فلا يبقى محلية
الاقالة ولو اشترى عبدا بالف درهم ونقد وتقابضا ثم تقايلا ثم مات العبد قبل

القبض بطلت الاقالة لانه فات المحل على ما ذكرنا ولو اشترى بنقرة فضة بعينها
وفي النقرة الف درهم وقيمة العبد الف درهم فتقابضا ثم تقايلا العقد ولم يتقابضا بعد
ليقبض لم تبطل الاقالة لان هلاك العبد لا يمنع ابتداء الاقالة لما ذكرنا فلا يمنع
البقاء بطريق الاولى واذا بقيت الاقالة وجب على الذي في يده النقرة ان يردها
الى صاحبها وعلى بائع النقرة ان يرد قيمة العبد لانه عجز عن رد العبد بالهلاك
فيجب عليه قيمته ومن عليه القيمة كان القاضي بالخيار ان شاء اخذ عليه بالف
درهم وان شاء قضى عليه بالدنانير الا انه ان كان شيئا يباع بالدنانير فالاولى
ان يقضي بالدنانير وان كان شيئا يباع بالدراهم فالاولى ان يقضي بالدراهم
يتصدق بالفضل وهو الف درهم لوجهين احدهما ان فيه شبهة الربوا لان الجنس
متحد وقد اعطى الف واخذ الفين والقبض شبيه بالعقد فكان فيه شبهة
الربوا والثاني ان الالف الزائد ربح ما لم يضمن لان العقد لم يكن في ضمانه
وسبيل ربح ما لم يضمن به فان اخذ الدنانير كانت الزيادة له ولا يتصدق
بشيء لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربح والربوا وهو نظير ما ذكرنا اذا اشترى
عبدا بالف وقيمته الفان فقطعت يده او قبل القبض او اشترى نخلا بتمر فاثمرت
النخل قبل القبض ثم تقايلا فانه يقضي بقيمته دراهم او دنانير فان قال اذا ثبت بعد
هلاك العبد فقضى بقيمته دنانير والفرق ان ابتداء الاقالة بعد هلاك العبد
يشبه ابتداء العقد بثمن من جنس النقرة لان الاقالة تشبه البيع لانها مبادلة
بالتراضي فلو راعينا وزن النقرة يؤدي الى الضرر ولو راعينا القيمة يؤدي
الى الربوا على التغليظ فيقضي بالقيمة من خلاف الجنس رعاية للجانبين كما لو
غصب ابريق فضة وقيمته ما تان لصنعته وهلك في يده فان القاضي يقضي
عليه بقيمته من خلاف جنسه حتى لا يتضرر المالك ولا يؤدي الى الربوا اما هنا
الاقالة قد صحت حال قيام العبد فاذا تحولت الى القيمة بعد ذلك بهلاك
العبد انما يتحول بعدما دخل العبد في ملكه والزيادة اذا كانت في ملكه لا يبطل
العقد كما قلنا في قتل العبد وعقر الجارية والثمرة لان الاقالة لما صحت على
العبد كان هذا بقاء الاقالة على القيمة وليس في حالة البقاء الا شبهة

العقد لانه لا يكون الربوا الا بالشرط وانما يجب على القاضي القضاء بما يوجب
صيانة العقد عن الفساد لانا نمنع به التصدق لان هذا امر يعني به
ولا يدخل تحت القضاء وصار هذا نظير بيع العقد على القيمة مع ابتداء العقد
عليها وذلك في الزيادات اذا اشترى عبدا بابريق فضة وتقابضا ثم تقايلا ثم مات
العبد ثم وجد بالابريق عيبا فرده فان القاضي يقضي بقيمة العبد ان
شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير سواء كانت قيمة العبد اقل من وزن
الابريق او اكثر سواء كان الرد بقضاء او بغيره او باقالة لان القيمة وجبت
بدلا عن العبد لا عن الابريق لانه لما رد الابريق وجب عليه رد العبد
وقد عجز عن رده بحكم الهلاك فكان عليه قيمته ولهذا لو اراد بائع الابريق
ان يبيع الابريق من اجنبي على قيمة العبد لا يجوز فرق بين هذا وبينما اذا اشترى
دارا بعبد فان للشفيع ان ياخذها بقيمة العبد فان كان في الدار صفائح
ذهب او فضة او سلاسل فان كانت قيمة العبد بحيث لو قسمنا اصاب
الصفائح والسلاسل وزنها فالقاضي بالخيار ان شاء قضى بالقيمة من الدراهم
او من الدنانير وان كان ما اصاب الصفائح اقل من وزنها او اكثر فانه
يقضي بحصة الصفائح والسلاسل من خلاف جنسها وفي الباقي بالخيار
الا انه ينبغي ان يقضي بما هو الايسر على الشفيع لان حق الشفيع انما
يثبت له فيقضي بما هو الايسر تحقيقا لمعنى النظر بخلاف الغاصب فانه
لا يعتبر في حقه الايسر لانه جائر ولان القضاء للشفيع على المشتري ولهذا
يثبت في حقه احكام المبايعة من الرد بخيار الرؤية والعيب وغير ذلك
فيجب الاحتراز عن الربوا والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن باب من الرهن

اصل الباب معرفة حكم الرهن فنقول حكم الرهن ملك اليد بجهة استيفاء
الدين ليتوصل به الى حقيقة الاستيفاء عند هلاك الرهن من مالية المرهون لانه
عينه ولهذا يختص بما يمكن استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم الذي يقبل
البيع في الدين ويختص بحق يمكن استيفاؤه من المرهون وهو الدين حتى لا يجوز

الرهن الا بالاعيان ولا بالعقوبات من القصاص في الحدود ولهذا لو كان موجبه
سوى يد الاستيفاء لكان موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى
وملك اليد موجب العقد الذي هو وثيقة للاستيفاء بعض ذلك فهو
ملك اليد وعند الشافعي رحمه الله موجبه ما هو شابه الموجب بالكفالة
والحوالة وهو ان يراد به المطالبة فيثبت به للمرتهن حق المطالبة بايفاء الدين
من ماليته وذلك بالبيع في الدين لكنا نقول الكفالة والحوالة عقد وثيقة بالذمة
والذمة محل لالتزام المطالبة فيها فيكون الثابت بها بعض ما يثبت بحقيقته
التزام الدين وهو المطالبة والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل لاستيفاء
الدين منه فعرفنا ان الثابت به ما يثبت بحقيقة الاستيفاء وكيف
يكون في الدين موجبه ولا يملك المرتهن ذلك بعد تمام الرهن الا بتسليط
الراهن اياه على ذلك نصا وكم من رهن ينفك عن البيع في الدين موجب العقد
ما لا يخلو العقد عنه بعد تمامه ولهذا قلنا اذا هلك الرهن يصير مستوفيا
للدين من ماليته بالقبض السابق ولو ادى الراهن الدين ولم يقبض الرهن
حتى هلك يجب على المرتهن رد ما اخذ ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض بخلاف
ما لو وهب المرتهن الدين من الراهن او ابراه منه فلم يقبض الرهن حتى هلك
عنده من غير منعه فانه لا ضمان عليه استحسانا وفي القياس وهو قول
زفر رحمه الله يضمن قيمته للراهن لان بقبض الرهن يثبت يد الاستيفاء للمرتهن
ويتم ذلك بهلاك الراهن فيصير به مستوفيا بهلاكه بعد الابرا
يعتبر الاستيفاء به حقيقة بعد الابرا فيلزمه رد المستوفى ولا يقال
انه انما يصير مستوفيا من وقت القبض حتى يعتبر قيمته من ذلك
الوقت فيكون مبريا بعد الاستيفاء لانا نقول الابرا بعد الاستيفاء
صحيح موجب المستوفى للبايع اذا قبض الثمن ثم ابرا المشتري
عن الثمن ولانه قال في الكتاب في الرهن بالصداق اذا طلقها الزوج قبل
الدخول بها ثم هلك الرهن لا يلزمها رد شي على الزوج ولو كان الطريق
ما قلتم لالزمها رد النصف كما لو استوفت حقيقة ولا قبض

الرهن بقبض ضمان وكل قبض اوجب الضمان يبقى ببقاء القبض وان سقط الدين
كما لو استوفاه او اشترى بالدين عينا او صالحه منه على عين او احاله على انسان
يبقى ضمان الرهن وان برئت ذمة الراهن عن الدين وكذا لو تصادقا ان لا دين
يبقى الضمان الرهن لبقاء القبض ولو تنا ولا رهنا برهن يبقى ضمان الاول ما لم يرده
لبقاء القبض والمشتري اذا قبض المبيع وهو بالخيار ثم فسخ البيع وهو بالخيار
ثم فسخ البيع يبقى مضمونا بالثمن لبقاء القبض وان كان الخيار للبايع يبقى بعد
الفسخ مضمونا بالقيمة كما لو كان في الابتداء ولو وجب الضمان على المرتهن
انما يجب بسبب الابرا وهو متبرع فيه وانه لا يجوز الا ترى انه لو استحقت
العين الموهوبة بعد ما هلكت في يد الموهوب له وضمن قيمتها لم يرجع
على الواهب ولو وهب البايع الثمن للمشتري ثم هلك المبيع في يده
لا يضمن للمشتري ومعلوم ان الرهن لو هلك في يده قبل الهبة او الابرا
لا يضمن شيئا فلذي يضمن لانا لا نوجب عليه الضمان بسبب الابرا بل
بالاستيفاء بهلاك الرهن الا انه قبل الابرا كان يقع المقاصة وبعد
لا يمكن اثبات المقاصة فيبقى المستوفي وان كان لم يستوف الابرا لم يكن
عليه شي وللاستحسان وجهان احدهما ان ضمان الراهن باعتبار القبض
والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار
الدين وبالابرا انعدم احد المعنيين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين
ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لو رد الرهن يسقط الضمان لانعدام
القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرا عن الدين يسقط الضمان لانعدام
الدين مع بقاء القبض بخلاف ما لو استوفى الدين لانه لا يسقط بل
يتقرر به ما هو المقصود ويحصل الاستيفاء وحصول المقصود بالشي
ينهيه ويقرره ولهذا جاز الابرا الثمن بعد الاستيفاء واذا بقي الدين
حكما بقي ضمان الرهن فلهذا يصير مستوفيا فتبين انه
استوفى الدين مرتين واما بالابرا يسقط فلا يبقى الضمان لانعدام احد
المعنيين واذا اشترى شيئا بالدين وصالح فذلك استيفاء بطريق

المقاصه وكذا الحوالة لانها لا تسقط الدين لكن ذمة المحال عليه
تقوم مقام ذمة المحيل وهو بعرض ان يعود الى ذمة المحيل بموت المحال
عليه مفلسا فلهذا بقي ضمان الرهن وكذا بعدما تفاسخا لا يرتفع الرهن
الدين والقبض ان في حق العين الاول فيبقى الضمان واذا تصادقا على
ان لا دين فيقول ان تصادقا بعد هلاكه فالدين كان واجبا حين هلك ووقع
الدين ظاهرا فيكفي لضمان المالية ان شاء الله تعالى فصار مستوفيا فاما اذا
تصادقا حال قيام الرهن ثم هلك بعد هلاكه اما لان تصادقهما ينفي الدين
من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين الوجه الاخر وعليه الاعتماد
ان مقصود الراهن عند تسليم الرهن الى المرتهن ان يبرى ذمته عند هلاك
الرهن من غير ان يلزمه شي اخر وقد حصل هذا المقصود بالابرا قبل
هلاكه فلا يستوجب عند هلاكه شيا اخر كمن عليه الدين المؤجل
اذا عجل ثم حل الاجل وصاحب النصاب اذا عجل الزكاة ثم تم الحول
الحول بخلاف الاستيفا فهناك مقصوده لم يحصل لان ذمته انما
يبريه بما اعطى وكذا اذا اشترى بالدين او صالح او احال او بدلا رهنا
يرهن فما هو المقصود له عند هلاك الرهن لم يحصل بهذه الاسباب
واذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن لا يكون مضمونا لان مقصوده
حصل بالتصادق حتى لم يلزمه شي اخر ولا ينال مقصوده ببراة ذمته عند
هلاك الرهن بطريق الاستيفا وانما يبرى ذمته بطريق الاسقاط بالابرا
والاسقاط نحو الابرا لا بانتقال الاستيفا عن مطلوبه لاعيانها بل
لاحكامها فانه ينظر الى حصول المقصود ولا ينظر الى اختلاف
الطريق بمنزلة ما لو قال لفلان علي الف درهم قرض وقال المقر له هو غصب
يلزمه المال لاتفاقهما فيما هو المقصود وان اختلفا في السبب
وكذا لو قال لفلان علي الف درهم ثمن جارية التي اعتقها وقال فلان
الجارية جاريتك ما بعتها ولي عليك الف درهم يلزمه المال لحصول
المقصود وهو سلامة الجارية له وان اختلفا في السبب فهذا مثله

وهذا خلاف البيع فالضمان هناك انعقد بالقبض ولكن فسخ البيع
يبطل بالهلاك قبل الرد كما يبطل البيع بالهلاك قبل التسليم ونفس
الابرا لا تبطل بهلاك الرهن بعده ولان بهلاك ما هو المقصود للبائع
لا يحصل بفسخ البيع ما لم يعد المبيع اليه فلهذا بقي الضمان بخلاف
ما لو منع الرهن بعدما ابراه حتى مات لانه كان امينا فيه فالمنع
بعد الطلب يصير غاصبا وكذلك نقول في الصداق اذا رهن
عندها وقيمته مثل المسمى ثم ابراته او وهبته له ولم تمنعه ولا ضمان
عليها وكذا لو اختلعت منه قبل ان يدخل بها لان مقصوده وهو
براءة ذمته عن الصداق قد حصل بالابرا او الخلع ولا يعتبر
اختلاف السبب ولو ابراته عن حقها قبل الطلاق او لم يبرئه
حتى هلك فلا ضمان عليها اما في الابرا فلحصول المقصود واما اذا
لم تبرئه فلحصول مقصوده في النصف بالطلاق قبل الدخول انما
بقي ضمان الرهن في النصف الذي هو حقها فبهلاك الرهن تصير
مستوفية ذلك القدر خاصة قلنا لا يلزمها رد شي اذا ثبت
هذا فنقول اذا تصرف الراهن في المرهون تصرفا يبطل حق المرتهن
والتصرف يحتمل النقض بعد وقوعه يتوقف على اجازة المرتهن
لان الاصل ان من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق الغير حقا
مستحقا مقصورا على العين يتوقف تصرفه على اجازة صاحب
الحق ان اجاز نفذ والا لم ينفذ لانه ليس له ولاية ابطال مثل هذا
الحق لانعدام ولايته على غيره ونعني بالتصرف الذي يحتمل النقض
البيع ونحوه احترازا عن العتق ونعني بالحق المستحق الا على الملك
ابطاله بغير رضاه احترازا عن حق الوكيل والمستعير فانهما
لا يمنع نفاذ تصرف المالك لانه غير مستحق ونعني بالمقصور
على العين ما لا علق بالمالك يتعلق من العين الى غير احد برضاه
احترازا عن حق الساعي في السعاية وحق المجني عليه في العبد

الحالين ثم اذا اجاز صاحب الحق حتى نفذ فهل يثبت حق المرتهن او صاحب
الحق في البدل ان كان ذلك البدل لا عينا يتعلق به صاحب الحق كالثمن في
الرهن فانه يتعلق به حق المرتهن لان الثمن بدل العين وحق المرتهن
في العين وكذا اجازة الاجارة يستفيد بدله ماله حتى يجوز وما الخارج
ولا يجوز ما لا يجوز تقدم او تأخر وان كان بدلا لا يتعلق به حقه
كما في الاجارة فانه لا يتعلق حقه بالبدل لان الثمن بدل العين وحق
المستأجر في المنفعة ويجعل اجازته اسقاطا لحقه فينفذ ما تقدم
من التصرفات دون ما تأخر عند المنافاة واذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله رجل رهن عند رجل عبدا قيمته الف درهم بالف درهم وقبضه
المرتهن ثم ان الراهن باع العبد من رجل بالف درهم فالبيع باطل
الا ان يجيز المرتهن ويعني بقوله انه باطل اي سيبطل الا ترى
انه قال الا ان يجيز المرتهن وغير المنعقد لا يجوز يستفيد بالاجازة
واختلفت الالفاظ في هذه المسألة في الرواية ذكر في بعضها ان
البيع باطل وفي بعضها فاسد وفي بعضها انه موقوف وهو
الاصح وفي بعضها انه جائز وتأويل قوله باطل اي سيبطل اذا
لم يجز المرتهن وطلب المشتري الفسخ ولهذا وتأويل قوله انه
فاسد لان الراهن عاجز عن التسليم بحق المرتهن وان باع ملك
نفسه الا انه في يد غيره يدا لا يده لان المرتهن في حق اليد
وهذا يوثق عنه ويتقدم على الغرماء فقد باع شيئا لا يقدر على
تسليمه فيكون فاسدا ويعني الصحيح موقوفه حتى لو افتك
الراهن او اجاز المرتهن جاز كما في اسقاط الاجل في بيع
الخاتم ونحو ذلك بخلاف بيع الابق لان في كون الراهن عجز بعقد دون
التسليم كالجذع في السقف وبيع المغصوب من غير الغاصب
اذا كان له بينة او الغاصب مقرا فيصح وان لم يكن انه
باع ما هو عاجز التسليم فلا يصح كبيع الجذع اذا لم ينزع

وبيع المغصوب اذا لم يكن له بينة والغاصب جاحدا وتأويل قوله جائز اذا
اجازه المرتهن وسلم ولهذا وقيل قوله موقوف لان حق المرتهن لا يكون اقوى
من ملك الغير ثم ذاك لا يمنع الانعقاد على وجه التوقف فهذا اولى وروي
عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي ان البيع نافذ حتى لو اعتقه المشتري
قبل القبض نفذ عتقه ولو لم يعتقه بقي رهنا عنده حتى يستوفي المرتهن
دينه ذكر في اخر الباب في الاصل وعلى هذا جميع هذا الوجه وفيه
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقولنا وما ذكر في الامالي
قوله الامالي وما ذكر هنا قوله الاخر وجه قوله الاول انه تصرف
في ملكه تصرفا لم يتضمن ابطال حق المرتهن فينفذ كما قبل الرهن وقولنا
تصرف في ملكه ظاهر لان ملكه لا يزول بالرهن ولهذا ينفذ اعتاقه وقوله
لم يتضمن ابطال حق المرتهن ليس الا في الحبس لاستيفاء الدين وانه لا يبطل
بالبيع لانه يجوز ان يبقى العين مرهونا عند المرتهن وان انتقل ملك الرقبة
الى غيره الا ترى ان الراهن لو مات انتقل ملكه الى الورثة ويبقى مرهونا وكذا
الراهن اذا اقر بالمرهون لغيره يصح اقراره حتى لو اعتقه المقر له صح عتقه
ويبقى الرهن في حق الحبس للمرتهن لان حقه لا يبطل في العين من حيث
المعنى فانه ينتقل من عين الى عين اخر مثله في المالية فعلى هذه العلة فرق
بين بيع الراهن وبيع الاخر لان حق المستأجر لا ينتقل الى بدل المستأجر على
ما ذكرنا في اصل الباب فقلنا بالتوقف على ما بين ووجه ظاهر الرواية
انه تصرف في ملكه تصرفا يحتمل النقض وحق الغير فيه حق مستحق وهو
مقصود على الغير على ما ذكرنا فوجب ان يتوقف فلا ينفذ الا برضى
من له الحق قياسا على المواهر والجامع بينهما انه ليس له ولانه ابطل حق
العين لهذا ظاهر على الرواية التي لا يثبت له حق حبس الثمن لما ذكر
لانه ابطال بعين بدل كالاجارة على الرواية التي له حبس الثمن فيه اقامة
البدل مقام المبدل في الحبس وتعلق الحق به يبطل حقه عن الاول فلا
ذلك كالمولى اذا باع عبده المأذون المديون بغير رضى الغرماء فانه لا يصح

في حقهم وان انتقل حقهم الى بدله لما فيه من ابطال حقهم عن العين واقامة محل اخر
مقام الاول وكان ثمة ضرورة لا يمكن دفعها ولا تهمة فيه الا ترى ان الاجارة تبطل
بالموت ولا تبطل بالبيع بخلاف الانزال لانه ليس فيه اقامة محل اخر مقام الاول
ولا يبطلها اقراره في حق المرتهن كما لا ينفذ بيعه في حقه ولهذا لا ينفذ بيع المقر كما
لا ينفذ بيع الراهن وانما ينفذ اعتاقه لانه تصرف يتعدى من المنزلة لنفيه مقامه
وهو يملك ابطال حقه عن العين بهذا الطريق فيملك اقامة غيره فيه مقامه وفيه
نوع منفعة للمرتهن لانه لو اعتق الراهن بنفسه كان له ان يضمنه اذا كان
موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا واذا صح اقراره في حق نفسه
العتق كان له ان يضمن الراهن لانه صار جانيا على حقه بتسببه لسعة
عتق المقر له فيه وله ان يضمن المقر له لانه اعتقه سبب لاتلاف محل حقه
والقوا المالية فكان في ثناء اقراره منفعة له بخلاف البيع ثم اذا لم ينفذ بيع الراهن
على المرتهن ولم يبطل في الجنس هل يبقى العقد منعقدا حتى لو سقط حق المرتهن
عن الرهن بالفكاك ينفذ ذلك البيع ام يبطل حتى يحتاج الى بيع مستأنف
ذكر في اخر هذا الباب انه لا يبطل وروي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية
الاصول انه يبطل وهو نظير الاجارة اذا باع المستاجر من غير عذر ان اجاز
المستاجر نفذ البيع وبطلت الاجارة وان لم يجز كان فيه روايتان كما في الرهن
قيل ما روي انه للمشتري جواب القياس وما روي انه لا ينتقض جواب الاستحسان
وحكي عن الشيخ الامام الزاهد عبد الواحد رحمه الله انه سئل عن الاجر اذا
باع المستاجر بغير عذر في الاجارة الطويلة بخارا وثمة اكار هل ينفذ بيعه
قال يجب ان يكون المسالة على روايتين في رواية ينفذ وهو الصحيح وفي رواية لا
ينفذ وقاس على الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل اذا باعه قبل مجيء
الوقت المضاف اليه الاجارة هل ينفذ فيه روايتان وفي رواية ينفذ وفي رواية
لا وجه البناء ان الاجارة الطويلة عقود مختلفة كل عقد مضاف الى وقته
ام عقد واحد واختلفوا فيه قال بعضهم عقد واحد وقال بعضهم عقود مختلفة
وهو الاصح وبني على هذا اذا اجر دار اليتيم والوقف او استاجر لليتيم

اجارة طويلة لا شك ان العقد يبطل في المدة التي يصيبها قبل الاخر في الاجارة
او كثيرة في الاستحسان وفي الثاني هل يفسد فمن جعل هذا عقدا واحدا يقول
انه يفسد ومن جعلها عقودا يقول انه لا يفسد لجعلوا عقودا دفعا
للفساد ان فيها اشتراط الخيار اكثر من ثلثة ايام في عقد واحد لانه يدخل
الايام المستثناة في العقد لو كان عقدا واحدا ويكون له الخيار وقد ذكر
عن ابي يوسف رحمه الله من استاجر من اخر شيئا على انه بالخيار له ايام
في اخر الشهر كان له الخيار في الحال الى اخر الشهر وذكر في فتاوى الفقيه
الجليل ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله اذا قال بعت منك هذا على انك بالخيار
في راس شوال فقبل المشتري ذلك في رمضان كان له الخيار من وقت العقد
الى راس شوال فثبت الخيار في الاجارة ههنا فيبقى على انها عقود من
حيث المعنى وان كان عقدا واحدا من حيث الظاهر ولو باع في ايام الخيار
قبل الفسخ ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يجب ان يكون هذا
على الروايتين كما ذكرنا ان الاجارة في المدة الثانية مضافة لكن الظاهر
انه ينفذ بالاجماع لازالة ولاية البيع دلالة الفسخ ولهذا احتالوا
بهذه الحيلة انهم يبيعون المستاجر قبل مجيء المدة حتى اذا مضت المدة
ينفسخ بخلاف الاجارة المضافة لانه ليس للاجر ولاية الفسخ فجاز
ان يكون في بيعه روايتان واختيار الصدر الشهيد واستاذنا رحمهم
الله رواية الجواز فيما اذا باع قبل مضي المدة كما ذكر في اخر الباب
واختيار الشيخ الامام ظهير الدين رحمه الله رواية عدم الجواز احترازا
عن التلف والاحتيال بهذا كله اذا لم يجز المرتهن ولم ينفسخ البيع حتى
افتك الرهن اما اذا انفسخ البيع هل يصح فسخه لم يذكر ههنا وذكر في
المبسوط ان فيه روايتين في رواية ينفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن
فلا سبيل للمشتري عليه وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ايضا
وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله في شرح الجامع ان في ظاهر الرواية
ينفسخ وفي رواية الطحاوي لا ينفسخ وجعل فسخ المستاجر

بيع الاجر على هاتين الروايتين ايضا ذكر قاضي اسحاب رحمه الله ان في ظاهر
الرواية لا ينفسخ وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله وفي مختصر الطحاوي
رحمه الله انه ينفسخ البيع المستاجر في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو
قول ابي يوسف الاول رحمه الله وروى عن اصحاب الامالي رحمهم الله انه لا
سبيل للمستاجر الى نقض البيع وفي رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ليس
للمستاجر فسخ البيع وان اجاز بطل ما بقي من اجارته وقال بعضهم يصح فسخ
المرتهن ولا يصح فسخ المستاجر وجه رواية صحة الفسخ انه صاحب حق
بمنزلة حقيقة الملك فاشبه تصرف المولى في اكتساب مكاتبه وما يوافق ذلك
الغير وجه ظاهر الرواية ان الراهن تصرف في ملكه بالتمليك الا انه يجب
بمانعه فله المنع دون الابطال لان في ابطاله ضررا بالراهن وليس في توقفه
ضرر بالمرتهن والانسان انما يتمكن من ابطال حق الغير اذا كان لا يتاتى له التلافي
الا بابطال حق الغير اما اذا امكن التلافي الا بابطال حق الغير اما اذا امكن
التلافي صونا من ان يتعدى الى ابطال حق الغير لا اصل اتلاف حق
الغير وهكذا يقول في المستاجر ولفظ الكتاب يدل على هذا فانه قال يجد انا
المرتهن فهو موقوف واشار في الكتاب الى هذا فانه قال ولم يبطله القاضي
حتى اجاز جاز ولهذا لان المرتهن لا خول له في هذا العقد حتى اذا اجاز
كان للمشتري يملكها على الراهن بخلاف ما اذا اجاز المالك لانه ملك
عليه فثبت له ولاية الفسخ اما هنا للمرتهن دفع الضرر عن نفسه لا غير
وانما ولاية الفسخ للقاضي اذا خوصم اليه وعجز البائع عن التسليم لقطع
المنازعة فما لم يوجد ذلك كان موقوفا الا ان للمشتري حق الفسخ بالاجماع
لتعذر شرط عقده وهو التسليم في الحال وليس للبائع حق الفسخ لانه لزم
من جهته وروي عن ابي يوسف رحمه الله انما يثبت الخيار للمشتري اذا لم
يعلم كونه مرهونا اما اذا علم لا خيار وجعل الرهن والاجارة بمنزلة العيب والاصح
ان هذا الخيار الاستحقاق لا فرق فيه بين العلم والجهل وهو اختيار البزدوي
رحمه الله يقتضي صفة السلامة عن العيب جعل للعاقد مجازا لا يقتضي

مقتضيا لها عند علمه بالعيب لانه انما يقتضي العقد ذلك لكونه طالبا
لها دلالة ولا عبرة للدلالة في موضع العلم والخيار هنا لتعذر الحفظ لكونه
غير مقدور التسليم وهو ثابت حقا للشرع فلا يتوقف ذلك على علمه
وطلبه دلالة فيما جعلناه بمنزلة الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع
الرجوع عند الاستحقاق ثم ذكر البينة الجليل ابو بكر محمد بن الفضل رحمه
الله ان ظاهر الرواية قولهما وما ذكر عن ابي يوسف رحمه الله روي عن
اصحاب الامالي رحمهم الله وقاسه على ما لو اشترى امة ذات زوج وهو
يعلم بذلك وفرق الفضلي رحمه الله وقال الزوج لا يمنع التسليم الى المشتري
اما الرهن والاجارة يمنع التسليم ثم اذا اجاز المرتهن البيع حتى نفذ او افتك
المرتهن واجاز الراهن خرج العبد من الرهن وكان الثمن ههنا مكانه يقبض
من المشتري او لم يقبض وان توى على المشتري او توى ما قبض توى من مال
المرتهن وللمرتهن ان يحبس الثمن ما كان في الرهن هذا ظاهر فيما اذا كان
البيع من حقوق الرهن فلا يوجب بطلان الرهن الا امساكه ولان المرتهن
انما شرط البيع زيادة في الوثيقة فلو ابطل ذلك حقه في الثمن زال المقصود
من الوثيقة وكذا اذا كان مشروطا في الاجارة لانه انما اجاز بهذا الشرط
واما اذا لم يكن مشروطا فكذلك لان الثمن بدل الرهن فيتحول الحق اليه كما لو
قتل العبد المرهون ينتقل حق المرتهن الى بدله وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله
في الاختلاف ولم يحك خلافا وروى القاضي ابو حازم عن ابي يوسف رحمهما الله انه
انما يكون رهنا عنده اذا شرط المرتهن عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا عنده
وانما يستقيم هذا منه على الرواية التي يقول ان بيع الراهن موقوف
كما قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على الرواية التي قال البيع نافذ وروي
عنه ان الثمن انما يكون رهنا اذا شرط ان يباع بدينه اما بدونه ولا وجه
لهذه الرواية ان البائع ملك الثمن بسبب جديد فلا يصير مرهونا بدون
الشرط كالراهن اذا اجر المرهون واجاز المرتهن لا يصير الاجر مرهونا بدون
الشرط وهذا لانه اسقط حقه بالاجازة فلم ينتقل الى البدل الا بالنية اي العقد

الموصى بخدمته اذا باعه الوارث واجازه الموصى له بخلاف المولى يبيع العبد المأ
ذون المديون واجاز الغرما لان الحق الثابت للغرما هو البيع فاذا اجازوا ثم
يسقط حقهم والحق الثابت للمرتهن ليس هو البيع بل الامساك والبيع ينافي
الحبس وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الثمن بدل عن العين وان السبب
الموجب لسقوط الحق عن الرهن هو الموجب للعوض فانتقل حق المرتهن
اليه لاستهلاكه ولان حق المرتهن تعلق برقبة الرهن فاذا اجاز البيع انتقل
الى الثمن كالعبد المديون اذا باعه المولى واجاز الغرما بخلاف الوصية لان
حق الموصى له في المنفعة دون الرقبة فلا ينتقل حقه الى العوض عن الرقبة
التي لا حق له فيها ولانه لو اجاز على ان ينتقل حقه الى الثمن لم ينتقل فعلم
ان الوصية مخالفة للرهن في كون الاجرة بدل المنفعة ولا حق للمرتهن في المنفعة
حتى ينتقل الى بدلها فكانت الاجازة اسقاطا لحقه وانما نوى الثمن على المرتهن
لانه صار رهنا بحكمه حكم الاصل ويجوز ان يكون الثمن في الذمة رهنا
وان كان لا يجوز ابتدا لان المانع في الابتدا اشتراط القبض وعدم صورته
في الدين والبقا يجوز من غير قبض يلبث في الدين اكثر من تعذر القبض واذا صار
الثمن رهنا فان كان الدين حالا او هو من جنسه استوفاه بدينه لانه
ظفر بجنس حقه من مال المديون وان كان مؤجلا امسكه الى ان يحل الاجل
حق الرهن فلا يجوز اسقاطه بغير رضاه فاذا حل والثمن من جنسه اخذه
قصاصا وان كان من غير جنسه فان كان المرتهن مسلطا على بيعه واستيفا
الدين له ان يبيعه ويستوفي كما في المرهون لان الاستيفا من غير الجنس
لا يتحقق الا بالبيع وهو مأذون في الاستيفا فكان له ان يفعل ما يتبع به الاستيفا
وان لم يجز المرتهن البيع ولم ينقضه القاضي حتى باعه الراهن من اخر واجاز
المرتهن البيع الاول نفذ البيع الاول ويكون الثمن رهنا عنده وبطل الاول
لان البيعين جميعا موقوفان على اجازته لان الاول عريا فيه حتى يتوقف
الثاني فانها اجاز ذلك ويبطل الاخر كالفضولي اذا باع مال الغير من رجل
ثم باعه من اخر ثم اجاز المالك احدهما ولو ان الراهن باعه بعد السؤال

رهنه

رهنه من اجر او اجره او اجره منه او وهبه له فاجاز المرتهن الرهن وسلم
او الاجارة او الهبة لم يجز شي وجاز البيع ويأخذ الراهن الثمن ويرجع المرتهن
بدينه وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يجوز التصرف الاول في
الوجهين لان المرتهن صاحب حق والتصرف لم يلاق حقه وانما لاقى العين
غير انه في يد الراهن فمتى ابطل حقه لم يبق في يده رضي ببطلان حقه
فذهب المانع من نفاذ تصرف المالك من الاصل فنفذ ما سبق من تصرفاته
كما لو باع من رجل او رهن ثم رهن او اجر ثم رهن او رهن ثم اجر وقيل
على قياس قوله في البيعين اذا اجاز الثاني فانه نفذ الثاني اذا اشترط
في الاجازة ان يكون الثمن الثاني رهنا عنده اما اذا لم يشترط ذلك
ينفذ البيع الاول لانه بدون هذا الشرط لا حق له في الثمن على ما ذكرنا
فاستوى في البيع والاجارة والرهن وجه ظاهر الرواية وهو ان بيع
الراهن وقع للمرتهن من وجه لانه يوصله الى حقه لانه طريق الاستيفا
لحقه من مالية الرهن في الرهن وضع لهذا لانه عقد استيفا من وجه
ثم يصير حقيقة الاستيفا عند الهلاك فكان هذا طريقا الى وصول
حقه الذي يحصل من العين فصارت اجازته اجازة مفيدة فيفيد
ما قصد بالاجازة دون ما لم يقصد الا يرى ان [illegible]
في الاستيفا فرع عن حقه وبثمن لا يبقى في الرضا باحدهما لا يكون
رضى بالاخر بخلاف سائر التصرفات سوى البيع لانه لا يصلح
حقا للمرتهن لانه لا يوصله الى حقه بل يمنع عن حقه فصارت
اجازته اسقاطا لان البيع حقه فصارت اجازته اجازة اسقاط
ولان البيع حقه من حيث انه يثبت حقه في الثمن فكان يبطل حق
المرتهن عن المبيع مثبتا حقه في الثمن فكان اشتغاله فيتوقف
نفاذه على اجازته وفي هذا الاول والثاني سوا فكان كل واحد منهما
موقوفا على اجازته كبيع الفضولي لما الرهن من الراهن لم يقع
للمرتهن من وجه لانه لا بدل في الرهن والهبة والبدل في الاجارة بدل

المنفعة فلا يثبت حقه في شيء بانتساخ العقد الثاني ولا ينفع المرتهن بوجه
ما وانما ينفع الراهن فصار الراهن بعد هذا العقد عاملا لنفسه من كل
وجه لا للمرتهن فلم يكن من هذا الوجه موقوفا على اجازته حتى ينفذ
باجازته لكن انما يكون موقوفا من حيث انه مبطل حقه عن المرهون فتكون
اجازته معتبرة في ابطال حقه لا غير واذا ابطل حقه بالاجارة بقيت العين بحق
الراهن وبيعه كان شائعا فيجوز البيع دون الرهن لهذا ياخذ الراهن الثمن
ويرجع المرتهن بدينه وليس له حبس الثمن لانه لم يجز البيع حتى يكون
الثمن له انما ابطل حقه ثم شرط في اجارة المرتهن الرهن دفع المرهون الى
المرتهن لان الرهن لا يفيد حكمه قبل القبض فالاجارة بالرهن الثاني لا يكون
معتبرا لابطال حق المرتهن بدون التسليم الى الثاني وفي الهبة مع الاجارة التسليم
شرط لانها لا تفيد الحكم بدونه كالرهن وفي الاجارة لا لانها تفيد الحكم في الجملة
قبل التسليم وهو وجوب التسليم واذا باع ثم رهن واجاز المرتهن نفذ البيع
تكلموا انه ينفذ بنفس الاجارة او عند التسليم الى الراهن قال
بعضهم عند التسليم وقد اشار في الكتاب الى هذا فانه قال اجاز المرتهن
الرهن وسلمه الى صاحبه لان نفاذ البيع ثبت حكما لانتقاض الرهن
وانتقاض الرهن يتوقف على انتقاض القبض وذلك يكون بالتسليم والاصح
انه ينفذ بنفس الاجارة لان بنفس الاجارة رضي بسقوط لزوم يده
والمانع من نفاذ تصرف الراهن لهذا فيثبت ذلك بنفس الاجارة ولو
وهب ثم باع ان اجاز البيع جاز لان الاجارة في حقه اجارة سعيد لانه
يوصله الى حقه وعلى غير رواية ابي يوسف رحمه الله يجوز الاول
لانه اسقاط دعوى الاخر اذا باع المستاجر ثم باع من غيره فاجاز
المستاجر الثاني بعد الاول لانه انما ينفذ لحقه وقد اسقط حقه وحقه
لا يتعلق ببدله لو كان الثاني مع المستاجر ان كان رضي الفسخ صون
صح الثاني لانه لو لم يصح الثاني لا يكون اجازة للاول لان اجازته كان
ضمنا للبيع الا انا نقول اقدامه على الشراء يتضمن الرضى بنقض الاجارة

وفصل

وفصل ثبوت الملك في الدار فيعتبر في حق النقض دون ثبوت ملكه لان ذلك
عرض ولا يتعلق رضاه بالنقض على حصول العوض كما اذا سلم الشفعة
بالمال يبطل وان لم يجب المال بخلاف الرهن لما ذكرنا هذا اذا باع الراهن او اجره
ولو ان كان المرتهن باع باذن الراهن جاز والا فلا لان بيع مال الغير
لا يجوز الا بولاية او وكالة ولانه انما يثبت حقه بعقد الرهن وما له ان
يتصرف بما اقتضاه العقد لا غير وذلك هو الحبس وليس له ان يواجره لان
يعد لما ذكرنا ولانه لا يملك الانتفاع فلا يملك تمليكه لغيره فان فعل
فسخ وعاد رهنا كما كان لانه تعدى منه فلا يبطل العقد كالمودع اذا
تعدى في الوديعة ثم ازال التعدي فان اعاره الراهن من المرتهن او المرتهن
من الراهن جاز وخرج عن ضمان الرهن ولم يخرج عن الرهن ولكل واحد منهما
ان يبطل الاعارة اما الجواز فلان المانع على ملك الراهن وانما منع من
استيفائه بحق المرتهن فاذا اذن له المرتهن جاز واذا اذن الراهن
جاز ايضا لانه حقه وقد تراضيا واما خروجه عن ضمان الرهن فلان
الراهن اذا استعاره زال قبض المرتهن وهو الموجب للضمان واذا استعار
المرتهن فقد خرج من قبض الرهن وصار في يده عارية وانما ينفرد كل واحد
منهما بابطال العارية لانها تبرع لا يتعلق بها الاستحقاق والمرتهن
في الرهن كالهالك وانما لم يبطل الرهن بزوال القبض لان الاستحقاق
يتعلق بالقبض الاول وخروجه من يده لا يوجب بطلان حقه كما لو غصب
منه غاصب وقال ابو يوسف رحمه الله في الامالي اذا كان الرهن
جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده كان للمرتهن ان ياخذها
وولدها ويكونان رهنا معها لما ذكرنا ان زوال القبض لا يمنع تعلق
الاستحقاق فيسري الى الولد فان اجر الراهن من المرتهن فقد خرج
من الرهن ولا يعود الى ذلك ابدا لان الاجارة اقوى فيبطل الرهن
وكذا لو اجر من غيره باجازة المرتهن او اجر المرتهن واجاز الراهن
ولو اجر المرتهن باذن الراهن او بغير اذنه واجاز فالاجر للراهن

انه وجد في الاجارة وان لم يجز فالاجرة للمرتهن لانه بمنزلة الغاصب ويتصدق
بالاجر والله اعلم بالصواب

باب من الرهن في الولد والجناية عليه

اصل الباب معرفة احكام نماء المرهون كالولد والثمر والصوف واللبن
وغير ذلك فمنها ان ولد المرهونة مرهون على معنى ان له حبسه بالدين ويكون
مقدما على الغرماء في ثمنه وان لم يكن مضمونا حتى لا يسقط من الدين بهلاكه
وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت حكم الرهن في الزيادة والراهن
احق بها لقوله عليه السلام له غنمه وعليه غرمه فمطلق اضافة الغنم
اليه دليل على انه يخلص حقا وقال عليه السلام الرهن مركوب ومحلوب
والمراد به محلوب للراهن بدليل قوله وعلى الذي يركبه ويحلبه نفقته
والنفقة على الراهن بالاجماع ولانه ليس بمركوب ومحلوب للمرتهن بالاجماع
والمعنى فيه ان هذه زيادة على ملك الاصل فلا يثبت فيها حكم الرهن كالكسب
والغلة وهذا لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين وذلك ليس بحق متاكد
في العين فلا يسري الى الولد كالوكالة وحق الدفع في الجارية الجانية وحق
الرد في النصاب بعد تمام الحول بخلاف ملك الراهن لانه يتاكد في العين كهو
المملوك اقتضاء في الباب ان حق المرتهن تعلق بالاصل الا انه لا يلزم من ذلك
تعلق الحق بالزوائد ولهذا لا يكون ولد المنكوحة منكوحة ولا ولد المستاجرة
مستاجرة والدليل عليه ان حكم الضمان عندكم لا يثبت في الولد لهذا
المعنى فكذلك حكم الرهن ولان الرهن وبيعه بالدين ولا يسري الى الولد
كالاجارة والوصية بالخدمة وتفصل الوصية يظهر الفرق بين البدل
والولد فان حق الموصى له بالخدمة يسري الى البدل لقيامه مقام الاصل
ولا يسري الى الولد وكذلك حق ولي الجناية يكون في الرهن وكلامنا على ما ذكرنا
ولد المغصوبة وولد ام الولد [illegible] ان الحرية صفة ثابتة لها فيسري الى الولد
وكذلك الكتابة ولهذا لا يكون ولد المدبر مدبرا عندي لان التدبير ليس بصفة
للمحل لحكم الرهن ليس بوصف ثابت للمحل ليتعدى الى الفرع اما على اصلنا

لان

لان حق المطالبة بالبيع واختصاصه بالثمن وهذا الوصف المرتهن دون
المرهون وعلى اصلنا حكمه ملك اليد والحبس ولهذا وصف المرتهن ايضا
فانها عبارة عن القدرة على حفظ المحل وحبسه ولانه يملك الراهن والمالك
عليه مطلقة للتصرفات فيما شاء على ما قبل الرهن الا لمانع والمانع ليس
الا الرهن ولم يوجد اضافة الرهن الى الولد لكونه معدوما حالة الاضافة
الام وحجتنا في ذلك قول معاذ رضي الله عنه فيمن ارتهن نخلا فاثمرت
ان الثمار رهن معها وقال ابن عمر رضي الله عنهما في الجارية المرهونة اذا ولدت
ولدها رهن معها والمعنى فيه ان حق المرتهن ثابت في العين فيسري الى الولد
كملك الراهن وبيان ثبوت الحق في العين انه يوصف العين به فيقال مرهون
محبوس بحق المرتهن او مملوك يدا للمرتهن كما يقال مملوك للراهن ولهذا
لان ملك اليد نوع ملك كما ان ملك الرقبة نوع ملك ثم ملك الرقبة وصف
ثابت للمحل فكذلك ملك اليد لانهما شيء واحد الا ان ملك الرقبة يظهر في اطلاق
حق التصرفات وملك اليد يظهر في حق القدرة على حفظ المحل والحبس فكان
كل واحد منهما وصفا للمحل ولهذا يسري الى بدل العين بدليل التاكد ان من عليه
لا يملك ابطاله ويورث ويقدم على الغرماء والورثة فيه وفي بدله والحقوق
المتاكدة في الامهات تسري الى الاولاد الا ترى ان الجارية المديونة اذا ولدت
تعلق حق الغرماء بولدها كما في الام ومع هذا الكلام ان موجب عقد الرهن
يد الاستيفاء لما نذكر ان شاء الله تعالى ويد الاستيفاء انما يثبت في العين وهي
معتبرة بحقيقة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء يظهر موجبه في الزيادة التي
تحدث بعد ذلك فكذلك يد الاستيفاء وهذا لان المتولد من الاصل يثبت فيه
ما كان في الاصل والاصل كان مملوكا مشغولا بحق المرتهن فيثبت
ذلك في الزيادة لا بملك اخر لانه يحتاج ملك اخر الى سبب اخر بخلاف
الكسب والغلة فهو غير متولد من الاصل وانما ملكه بسبب حادث
الا ترى ان حكم الكتابة والاستيلاد يثبت في المتولد من الاصل ولا
يثبت في الكسب وبخلاف حق المستاجر فهو في المنفعة لا في العين

ولهذا لا يسري الى البدل فكذا الى الولد ولهذا لا يجري فيه الادب
يوضحه ان الحق انما يسري الى الولد اذا كان محلا صالحا والولد يحدث غير
متقوم فلا يكون صالحا لحق المستاجر انما ينفصل ما لا متقوما فيكون
محلا صالحا لحق المرتهن وان هذا من الاحكام ان ولد المرهونة ولدا حرا
باعتبار الغرور فالرهن لا يسري الى هذا الولد لانه ليس بمحل له وهذا
هو العذر عن ولد المنكوحة لانها ليست بمحل الحل في حق الزوج لانه
ملك ضروري يثبت مع المنافي فيتقدر بقدر الضرورة وهذا هو العذر
عن ولد الجارية الموصى بخدمتها لانه ليس بمحل للخدمة حالة الانفصال
وحق الموصى له في المنفعة والولد غير متولد من المنفعة والسراية الى
الولد باعتبار خروج العين من الملك الا ان حقه في العين وحق ولي
الجناية ليس بمتاكد في العين لان المولى يتمكن من ابطاله باختيار الفدا
بغير رضى ولي الجناية والزكاة في الذمة لا في العين لان الواجب فعل
الاداء ممن عليه يتمكن من الاداء من محل اخر فعرفنا انه غير متاكد
في العين وفي الجارية الموصى بخدمتها الحق غير متاكد في العين ايضا ولهذا
قالوا الوطي عليها اجنبية لا يوجب نقصانا في منفعتها اصل الورثة
ارشها ولا حق للموصى له فيه وانما ينتقل الى القيمة اذا قتلت او استغرقت
المنافع لان حقه في خدمة تعلقت بالرقبة فصار كما لو اوصى له بخدمة
عبد مطلق والوكالة ليست بوصف للمحل ولا بحق لازم حتى لو كانت
لازمة كالعدل في الرهن يسري حق البيع الى الولد وحق الكتابة
عندنا يسري الى الولد بان كاتبت امه باذن مولاها ثم ولدت
فاما اذا كانت حرة فالحق يثبت في ذمتها والولد لا يتولد من الذمة
وانما لا يثبت حكم الضمان في الولد لانعدام السبب الذي يجعل العين
مضمونا عليه وهو القبض مقصودا الا ترى ان ولد المبيعة قبل
القبض يسري اليه حكم البيع ولا يكون مضمونا ان هلك لهذا المعنى
وقوله عليه السلام له غنمه وعليه غرمه يقتضي ان يكون الزيادة

ملك

ملك الراهن وذلك لا ينفي حق المرتهن فانه كما اضاف الزيادة اليه
اضاف الاصل اليه بقوله الرهن من راهنه الذي رهنه ولكن نقول
انه مطلوب الراهن على معنى ان اللبن يكون مملوكا له وانه ينتفع به باذن
المرتهن ايضا وليس فيه ما ينفي ثبوت حق المرتهن فيه وقد قيل انه موقوف
على ابي هريرة رضي الله عنه وروي عنه مثل مذهبنا ولانه لم يبين فيه من
يركب ومن يحلب فيحتمل انه كان حين كان الربوا او اجر النفع بالقرض
حلالا واباح للمرتهن ان يحلبه ويركبه بسبب القرض فكان ينفق
عليه بازا ذلك فلما حرم الربوا ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض
جر منفعة انتسخ وقوله الملك مطلق التصرف قلنا ملك الرقبة
نعم اما ملك الرقبة بدون ملك اليد فلا كما في الاصل واذا ثبت انه
صار رهنا معا اخذ قسطا من الدين على اعتبار البقاء الى وقت
الفكاك لا على اعتبار الهلاك قبله كولد المبيعة ويقسم الدين
على الام والولد على اعتبار قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة
الولد يوم الفكاك لان التقويم انما يكون عند وجود سبب
الضمان وسبب الضمان في حق الام القبض بحكم العقد فتعتبر قيمتها
يومئذ وسبب الضمان في حق الولد قبض الراهن لان القبض له شبهه
بالعقد ويوم قبض الراهن يوم الفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك
ولان الضمان لا بد له من سبب وذلك هو العقد او القبض والولد
لم يرد عليه العقد ولا القبض الا انه اذا بقي الى وقت الفكاك
صار مقصودا والولد لم يرد عليه العقد ولا القبض الا انه اذا
بقي الى وقت الفكاك صار مقصودا بالفكاك والفكاك فسخ العقد
والفسخ انما يرد على ما ورد عليه العقد فمن ضرورة صيرورته
مقصودا في الفسخ صيرورته مقصودا في العقد واذا صار مقصودا
بالعقد يوم الفكاك تعتبر قيمته يومئذ فلو قسم الدين على الام
والولد يوم الولادة فان لم ينقص قيمة الولد ولا ازداد

الجاني بعتق لا ينتقض حكم القسمة لانه لم يظهر الخطأ في القسمة
وان انتقصت او ازدادت ينتقض تلك القسمة ويعاد على اعتبار قيمته
يوم الفكاك لانه تبين الخطأ في القسمة ولا يسقط شيء من الدين
بحدوث النقصان في الولد سواء كان نقصان سعر او بدن لان بهلاكه
كله لا يسقط شيء فبهلاك بعضه اولى اما اذا حدث النقصان في الام
فان كان نقصان بدن يسقط من الدين بقدره وان كان بتراجع
السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا وعند زفر رحمه الله يسقط
بقدره وقاس بنقصان العين من حيث ان الضمان الثابت بالرهن
من حيث المالية واعتبارها دون العين فانه ضمان استيفاء والمالية
تنتقص بنقصان السعر كما تنتقص بنقصان العين بخلاف سائر
الضمانات فضمان الغصب ضمان العين ولهذا علق العين به وكذلك
ضمان البيع ونقصان السعر لا يؤثر في العين الا انا نقول بان
نقصان العين عكس فيما صار مضمونا عليه بالقبض فجاز ان يسقط
بفواته ما يخصه من الدين اما نقصان السعر عكس فيما لم يصر
مضمونا بالقبض لانه عكس في القيمة وهو الدراهم والدنانير
ولا يسقط به شيء من الدين لان المضمون بالدين هو العين لا القيمة
ولهذا لان تغير السعر لا يؤثر في العين انما هو فتور رغبات
الناس فيه وذلك مختلف باختلاف الاوقات والامكنة ولا يكون
مضمونا على المرتهن يوضح ان نقصان السعر غير معتبر في العقود
كالبيع فان نقصان سعره لا يسقط شيئا من الثمن ولا يثبت
الخيار للمشتري وكذلك في ضمان المقبوض والمغصوب فنقصان
سعره في يد الغاصب لا يلزمه شيئا ولا يوجب الخيار للمالك وهو ضمان
الرهن لا بد ان يعتبر باحد هذين الضمانين وحرف
اخر ان العبد الجاني اذا دفع بالجناية فقام مقام المجني عليه لحما ودما
كانه هو حتى ان ما كان على المجني يتحول الى الجاني لانه وجب قائمته

مقامه

مقامه حتى يتخير بالجناية وانما يتخير اذا قام مقامه كان هو سواء
كانت الجناية على الام او على الولد بخلاف ما اذا قتل الولد بنفسه لانه
لم يرد عليه القبض ولا ما له شبه بالعقد حقيقة ولا حكما اما هنا ورد عليه
العقد حكما لقيام البدل مقامه فصار كانه ورد عليه الفكاك حتى لو
قتل الجاني قبل الفكاك وقد كانت الجناية على الولد لا يسقط شيء من الدين
ولو كانت الجناية على الام يسقط وحرف اخر ان المرهون محبوس
بجميع الدين سواء كانت قيمته مثل الدين او اقل او اكثر لانه مرهون
به وموجبه الحبس ولهذا لو قضى جميع الدين الا درهما ليس له ان يسترد
شيئا من الرهن اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل رهن رجلا
جارية تساوي الف درهم بالف درهم فولدت في يده ولدا يساوي خمسمائة
فقتلهما جميعا عبد قيمته الف درهم خطأ ودفع بهما ثم ذهبت عين العبد
فجاء الراهن يفتكه قال يفتكه باربعة اتساع الدين ويسقط خمسة اتساعه
اولا نقول ان المرهون اذا قتل في يد المرتهن ودفع الجاني وقيمته اقل
من المرهون يجبر الراهن على الفكاك بجميع الدين عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وعند زفر رحمه الله يفتكه بقدر قيمة المقتول ويسقط
ما زاد عليها وعند محمد رحمه الله يخير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين
وان شاء تركه على المرتهن بدينه فزفر رحمه الله مر على اصله فان
العبد الاول لو كان قائما وتراجعت قيمته لنقصان السعر فانه يفتكه
بقدر قيمته يوم الفكاك ويسقط ما زاد على ذلك من الدين فكذلك
اذا كانت قيمة المدفوع اقل وعندنا بنقصان السعر لا يسقط شيء ولا
يخير الراهن فكذلك هنا عندهما لان القاتل قام مقام المقتول وعند
محمد رحمه الله يتحول جميع الدين الى الجاني لا للراهن الخيار لتغير العين
في ضمان المرتهن فان شاء رضي به وافتكه بجميع الدين وان شاء سلمه
للمرتهن بدينه بخلاف ما اذا انتقص السعر لان العين لم تتغير وهو
نظير المبيع اذا انتقص سعره في يد البائع لا يخير المشتري واذا

واذا قتله عبد فدفع به يخير وكذا في المغصوب وهذا الخلاف فيما اذا تراجع
سعره الاول الى مائة وقتله حر فغرم قيمته مائة فانه يسقط من الدين
تسعمائة ويأخذ المرتهن المائة قضاء عن تسعمائة وعند زفر رحمه الله يستدل
بهذا الفصل فيقول الدراهم لا تتعين والمائة لا يجوز ان تكون عوضا لما هو اكثر
من مائة فانه لا يتصور استيفاء جميع الدين منها بحال بخلاف العبد المدفوع
فانه يجوز ان يكون عوضا عن الف درهم بتغير فكذلك جنسا بالدين وتوهم
استيفاء جميع الدين منه ثابت بان تزداد قيمته حتى يشترى بالف حتى
ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يستوفي جميع الدين
باعتباره لانه يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان تغلو الدنانير حتى
يبلغ قيمته هذه الدنانير الف درهم ولا يجوز ترك العمل بالدين لان
جعل الرهن بالدين حرام وهو فعل الجاهلية قال عليه السلام لا يغلق
الرهن لا يغلق الرهن واراد به ما قلنا فكذا اذا قام الثاني مقام الاول
بخلاف الغصب لان تمليك المغصوب من الغاصب بالضمان جائز واذا ثبت
انه يخير على الفكاك فيقول يحتاج الى قسمتين قسمة لمعرفة ما بقي
ما ذهب وقسمة للافتكاك اما الاولى فيقول المرهونة اذا ولدت
ولدا يساوي خمسمائة يقسم الدين عليهما اثلاثا بقدر قيمتهما ظاهرا
حصة الام ثلثاه وحصة الولد ثلثه لان قيمة الولد نصف قيمة الام
على تقدير بقاء الولد الى يوم الفكاك فلما قتلها عبد ودفع به
فلما دفع العبد الف وخمسمائة لانه دفع بازاء الام والولد وقيمتهما
الف وخمسمائة فيقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما
يوم الدفع اما الان يوم الدفع يقوم المدفوع مقام الام والولد
فقام ثلثا العبد مقام الام وقيمته ستمائة وستة وستون وثلثان
وثلثه مقام الولد وقيمته ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث فلا يسقط شيء
من الدين عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يسقط شيء
على ان قيمة ثلثي العبد اقل من قيمة الجارية حصة رهنا ولو كانت الجارية

تابعة

تابعة وتراجع سعرها فاذا ذهب عين الجيد فقد ذهب نصف ما قام مقام
الام لان العين من الادمي نصفه بخلاف ما اذا ذهبت عين الدابة عند المرتهن
وقيمتهما مثل الدين حيث يسقط ربع الدين بحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه
قال في عين الدابة ربع قيمتها يعني اذا فقئت فهذا لان الانتفاع بالدابة
من حيث الحمل والركوب وذلك بعينيها وانما يأتي ذلك ان يمشي بقوائمها
بنظر بعينيها فيتوزع بدلها على ذلك حصة العينين من ذلك النصف
فسواء احدهما يذهب الربع اما المنتفع في الادمي مقصود بنفسه والبطش
لذاته والمشي لذاته فيجعل كل جنس بمنزلة النفس فبذهاب احدى العينين يجعل
نصف النفس كالغائبة حكما فذهب بذهابه نصف ما في الام من الدين
لان الجارية لو كانت قائمة وذهبت عينها اذ ذهب نصف ما فيها من
الدين فكذا اذا ذهب نصف بدلها وذهب نصف ما قام مقام الولد ايضا
الا انه لا يذهب شيء من الدين لانه لو ذهب عينه لا يسقط شيء من الدين
فكذا اذا ذهب عين بدله واذا ذهب نصف بدل الولد وهو نصف
ثلثه وبقي نصفه وهو نصف ثلث العبد وقيمته مائة وستة وستون
وثلثان ظهر انا اخطأنا في القسمة الاولى فانا قسمنا الدين اثلاثا على تقدير
بقاء قيمة الولد الى يوم الفكاك كذلك ولم يبق فوجب اعادة القسمة
على قدر قيمة الام يوم العقد والقبض وعلى قدر ما بقي من قيمة الولد
يوم الفكاك وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيجعل هذه القسمة
حقيقة الاولى بجارية فاجعل هذا القدر وهو مائة وستة وستون
وثلثان في هو سدس الالف سهما واذا صار سدس الالف سهما صارت
الجارية وقيمتها الف ستة اسهم فيكون الجملة سبعة اسهم فيقسم
الدين على سبعة ستة في الام وسهم في الولد وقد ذهب من بدل
الام التي قام مقامها نصفه فذهب من الدين الذي بازاء الام نصفه
وذلك ثلاثة اسهم وبقي نصفه وذلك ثلاثة وبقي سهم بازاء بدل الولد فيحمله
اربعة اسهم من سبعة اسهم فلهذا قال يفتكه باربعة اسباع الدين

وليسقط ثلثه اسباعه لحاصل ما يؤدي الراهن خمسمائة واحد وسبعين
وثلثه اسباع درهم ويسقط عنه اربعمائة وثمانية وعشرون واربعة اسباع
درهم لانا اذا قسمنا الالف على سبعه كان الخارج مائة واثنان واربعون
وستة اسباع درهم مرة ثانية واثنان واربعون وستة اسباع خمسمائة
واحد وسبعون وثلثه اسباع درهم وثلث مرات واثنان واربعون وستة
اسباع اربعمائة وثمانية وعشرون واربعة اسباع درهم واذا رهن عند
رجل جارية يساوي الف بالف درهم فولدت ولدا قيمته الف فقتلت الام
جارية قيمتها مائة فدفعت بها فالرهن على حاله ولا يسقط شي من الدين
عندنا وعند زفر رحمه الله يسقط تسعه اعشار ما فيها من الدين وهو
تسعة اعشار نصف الدين وذلك اربعمائة وخمسون اذا بقي قيمة الولد
الى وقت الفكاك لذلك لان القابلة قامت مقام المقتوله لحما ودما
فصار كان الاولى قايمة وتراجع سعرها الى مائة فكان على الخلاف فان
ولدت القابلة ولدا يساوي التسعمائة اعورت الام ذهب من الدين جزو
من اربعه واربعين جزوا ويعطيه الراهن ثلثه واربعين جزوا من
اربعه واربعين جزوا من الدين ووجه ذلك هو ان المقتوله
لما ولدت ولدا يساوي الفا انقسم ما فيها من الدين عليهما نصفين لاستوا
قيمتهما على تقدير بقا قيمة الولد الى يوم الفكاك وقد بقي فبقي في المرهونه
نصف الدين وذلك خمسمائة فاذا قتلت جارية يساوي مائة ودفعت
بها قامت مقامها كانها هي وتحول ما في المقتوله من الدين الى القاتله
فاذا ولدت ولدا يساوي الفا انقسم ما في المدفوعه من الدين وذلك
خمسمائة على احد عشر جزوا لما ذكرنا ان المعتبر في الانقسام قيمة
الولد يوم العقد وقيمة الولد الحال على اعتبار بقا قيمة الولد الى
وقت الفكاك لذلك وقد بقيت وقيمة القاتله يوم الدفع مائة وقيمة
ولدها الحال الى يوم الفكاك الف فيجعل اقل المالين وذلك مائة سهما
فيصير الالف عشرة اسهم والكل احد عشر سهما فينقسم ما فيها من

الدين وذلك خمسمائة على احد عشر سهما فصار بازا المدفوعه سهم وبازا ولدها
عشرة اسهم فصار هذا النصف على احد عشر سهما واذا صار هذا النصف
على احد عشر سهما صار النصف الذي في ولد المقتوله على احد عشر سهما فيكون
الجملة اثنين وعشرين سهما سهم من ذلك بازا القاتله فاذا اعورت ذهب
نصف ما فيها وذلك نصف سهم الكسر الانصاف فضعفنا فيصير الجملة
اربعة واربعين اثنان وعشرون بازا ولد المقتوله وعشرون بازا ولد القاتله
وسهمان بازا القاتله ذهب باعورارها نصف ما فيها وذلك سهم
بقي فيها سهم نضم ذلك الى ما في ولدها وولد المقتوله فذلك اربعة واربعون
فلهذا قال يفتك العورا وولدها وولد المقتوله فذلك اربعة واربعون
فلهذا قال يفتك العورا وولدها وولد المقتوله بثلثة واربعين سهما من اربعه
واربعين سهما من جميع الدين فان قيل وجب ان ينقسم نصف الدين
الذي بازا القابلة بينها وبين ولدها نصفين لانها قامت مقام المقتوله
لحما ودما فصار كانها قايمه ولو كانت قايمه وتراجع سعرها فينقسم
ما بازايها من الدين بينها وبين ولدها نصفين كذلك هنا قيل له نعم قامت
مقامها الا انها انما دخلت في ضمان المرتهن يوم الدفع لانه لم يوجد
قبل ذلك في حق المدفوعه سبب الضمان من المرتهن لا عقد ولا قبض
وقد ذكرنا انه انما يعتبر قيمة كل واحد يوم وجد سبب الضمان فيه
وروي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي انه يفتك العورا والولدين
بخمسة اسداس الدين لان القابلة لما قامت مقام المقتوله صار كان
المقتوله صار كان المقتوله قايمه وتراجع سعرها الى مائة وولدت ولدين
يساوي كل واحد منهما الفا فينقسم الدين عليهم اثلاثا فاذا اعورت
سقط نصف ما فيها وهو السدس وبقي خمسة اسداس الدين فيسلم
بذلك الا ان الصحيح ما ذكر في الكتاب لانه لا يمكن قسمة الدين على
القاتله وقيمتها الف لما ذكرنا ان المعتبر قيمتها يوم دخلت في ضمانه مائة
لحاصل ما يؤدي الراهن الى المرتهن تسعمائة وسبعين درهما واثني

عشر سهما من اربعة واربعين من درهم وهو ربع درهم وجزء من اربعة واربعين من درهم
ويسقط عنه اثنان وعشرون درهما واثنان وثلثون سهما من اربعة واربعين
جزءا من درهم وذلك ثلثة ارباع درهم الا جزء من اربعة واربعين جزءا من درهم
لان الخارج من قسمة الف على اربعة واربعين اثنان وعشرون درهما واثنان
وثلثون سهما من اربعة واربعين من درهم فيسقط هذا ويؤدي الباقي فان
لم يذهب عين القابلة لكنها عند قيمته الف وقتل ولدها الثالث خطا
ودفع بهم لا يذهب من الدين شيء عندنا لان المدفوع قائم مقامهم ولم يسقط
من دينهم شيء فصار كان الكل قايم وتراجع سعرهم فان اعور العبد ثم جاء الراهن
بسهم نقسم الدين على ستة وعشرين فما اصاب خمسة اسهم ادى الراهن
وهي حصتها ادفع بالولد الاول من العبد وما اصاب احد وعشرين يقسم على
سبعة اسهم وعشر سهم فما اصاب خمسة اسهم ادى الراهن الى المرتهن
وهو حصة الولد الاخر وما اصاب سهمين وعشر وهو حصة المدفوع
بالام وهي القابلة الاولى بطل نصفه وادى نصفه ووجه ذلك ان
العبد مدفوع بالثني وما به درهم لانه مدفوع بهلاك الثلثه وقيمة الثاني
وما به فصار كان الكل قايم وتراجع سعرهم الى الف فالولد الاول الف
والولد الثاني قيمته الف وقيمة الام مايه فذلك مايه واحد وعشرين سهما
عشرة اسهم قائم مقام ولد المقتولة الاولى وعشرة اسهم قائم مقام ولد القابلة
وسهم قائم مقام القابلة فاذا ذهب عينه ذهب من كل شيء قائم مقامه نصفه
فبقي خمسة قائمة مقام الولد الاول وخمسة قائمة مقام الولد الثاني ونصف
سهم قائم مقام الام الا انه لا يذهب بذهاب الولدين لما قلنا فظهر قيمة
الولدين في حكمهما ولا يظهر قيمة الام في حكمها لانها قائمة مقام الاصل
قد ذهب من الدين حصتها وانما نعرف حصتها في قسمة الفكاك وهذه
القسمة لمعرفة قيمة الولدين فلما ظهر ان قيمة كل ولد خمسة ظهر انا اخطانا
في القسمة الاولى لانا قسمنا الدين بين المقتولة الاولى وبين ولدها وبين المدفوعة
وبين ولدها على تقدير قيمة الولدين كذلك الى وقت الفكاك ولم يبق فيجب

اعادة القسمة على قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك وقيمة الولد الفكاك
ولم يبق فيجب وقيمة الولد يوم الفكاك خمسة من احد وعشرين لان كل الف صار
احد وعشرين لما صار اجزاء المدفوع وقيمته الف على احد وعشرين وقيمة الام يوم
العقد فيجعل احد وعشرين فصار ستة وعشرين فيقسم الدين من الابتداء بين
المقتولة الاولى وولدها على ستة وعشرين سهما خمسة في الولد واحد وعشرون
في الام فظهر ان حصة المقتولة الاولى احد وعشرون سهما من جميع الدين فلما
قتلها جارية تساوي مايه ودفعت بها تحول ما فيها من الدين الى القابلة
وذلك احد وعشرين فيقسم سهمان وعشر سهم فتبين ان قيمتها سهمان وعشر
سهم من احد وعشرين لان المقتولة الاولى قيمتها يوم العقد فقد صارت
تلك القيمة على احد وعشرين جزءا فيكون مايه من ذلك سهمان وعشر سهم فانقسم
ما بقي من الدين وهي حصة المقتولة وذلك احد وعشرون من ستة وعشرين
على قيمة القابلة يوم دفعت وعلى ما بقي من ولدها يوم الفكاك
وذلك خمسة فيصير سبعة اسهم وعشر سهم سهمان وعشر من ذلك بازاء
القابلة وخمسة اسهم من ذلك بازاء ولدها يؤدي الراهن لاجل الخمسة
واذا ذهبت عين العبد ذهب نصف ما بازائها من الدين وهو سهم
ونصف عشر سهم وبقي سهم ونصف عشر سهم ونصف عشر سهم بازاء بدل
القابلة فلهذا سقط الاعور لخمسة اسهم من ستة وعشرين سهما
بقدر ما هو قائم مقام ولد المقتولة الاولى وبستة اسهم ونصف عشر
من احد وعشرين سهما ما تحول الى القابلة وولدها ان لو قسم على سبعة
اسهم وعشر سهم ويسقط سهم ونصف عشر سهم من احد وعشرين الذي
قسمت على سبعة وعشر فحاصل ما يؤدي الراهن الى المرتهن حصة الولد
خمسة اسهم من ستة وعشرين من جميع الدين وذلك مايه واثنان وتسعون
درهما وثمانية اجزاء من ستة وعشرين جزءا من درهم لان الخارج من قسمة
الالف على ستة وعشرين ثمانية وثلثون درهما واثنا عشر جزءا من ستة
وعشرين جزءا من درهم فخمس مرات ثمانية وثلثون واثنا عشر جزءا لما ذكرنا

ويحول الى المقابلة احد وعشرون جزءا وذلك ثمانية مائة وسبعة دراهم وثمانية
عشر جزءا من ستة وعشرين ما ذكرنا والخارج من قسمة اثنين وثمان
مائة وثلثة اعشار على سبعة وعشرين لقسمنا هذا على سبعة وعشرين لكل
واحد مائة وثلثة عشر وللعشر احد عشر وثلثة اعشار ويبقى ايضا اربعة وسبعة
اعشار وثمانية عشر جزءا من ستة وعشرين حسابا فيكون الاربعة مائة
واربعة ضم اليه ثمانية عشر فيصير مائة واثنين وعشرين وعشرين ستة وعشرين
سهمان وثلثة اخماس وسبع مرات سهمان وثلثة اخماس ثمانية عشر وخمسين
فيصير جملته مائة واربعين وخمس نقسمه على سبعة وعشرين فالخارج لكل
سهم عشرون غير ربع سهم وللعشر سهم ونصف وخمسي سهم وثمن خمس
سهم بالتقريب فسبع مرات عشرون غير ربع سهم مائة وثمانية وثلثون
وربع سهم وشيء للعشر سهم وثلثة ارباع سهم وخمسي سهم وثمن خمس سهم
جملته ما يحصل لذا المقابلة من خمسة اسهم كل سهم مائة وثلثة عشر فيكون
خمسمائة وخمسة وستين ومن خمس مرات عشرين فصار بربع سهم
فذلك ثمانية وتسعون وثلثة ارباع سهم والسهم الصحيح ستة وعشرون
فمائة وسبعون لكنه فيصير الجملة خمسمائة وثمانية وستين درهما
يبقى عشرون جزءا وثلثة ارباع جزء من ستة وعشرين وهو ثلثة ارباع
وجزء وربع جزء من ستة وعشرين جزءا وقد اصاب الام من سهمان
كل سهم مائة وثلثة عشر فذلك مائتان وستة وعشرون وحصة العشر احد عشر
وثلثة اعشار فيصير مائتين وسبعة وثلثون وثلثة اعشار ومن حصة
السهمين تسعة وثلثون ونصف لان الخارج عشرون غير ربع سهم وثلثة
اعشار ستة وعشرين تسعة اسهم واربعة اخماس سهم ضم هذا الى
تسعة وثلثين ونصف فيصير تسعة واربعين وخمس سهم ونصف خمس
سهم فستة وعشرون سهم فيصير مائتين وثمانية وثلثين درهما واحد وعشرين
جزءا وخمس سهم ونصف خمس سهم ضم اليه حصة العشر وذلك سهم
ونصف وخمسي سهم وشيء فيصير ثلثة وعشرين وخمسي وشيء وذلك ثلثة ارباع درهم

فجملته اجزاء ونصف جزء وخمس جزء وشيء من ستة وعشرين جزءا من
درهم ليسقط نصفه وذلك مائة وتسعة عشر درهما وثلثة اثمان درهم وجزء
وثلثة ارباع جزء ونصف خمس جزء وشيء يؤدي مثله فجملة ما يلزم بمقابلة
الولد الاول مائة واثنان وتسعون درهما وثمانية اجزاء من ستة وعشرين
جزءا من درهم وبمقابلة الولد الثاني خمسمائة وثمانية وستون درهما وثلثة
ارباع درهم وجزء وربع جزء من ستة وعشرين وبمقابلة الام مائة وتسعة
عشر درهما وثلثة اثمان درهم وجزء وثلثة ارباع جزء ونصف خمس
جزء وشيء من ستة وعشرين جزءا من درهم فكان جميع ذلك ثمانمائة
وثمانين درهما وثلثة اثمان درهم واربعة اجزاء ونصف جزء ونصف
خمس جزء وشيء من ستة وعشرين جزءا من درهم رجل رهن
عند رجل جارية قيمتها الف بالف درهم فقطع جارية يدها ووقفت
بها وقيمة القاطع خمسمائة درهم ثم ولدت كل واحد منهما ولدا يساوي
خمسمائة فعليه جميعا عبد قيمته الف فدفع بهم فذهبت عينه ثم جاء
الراهن يفتكه قال يفتكه بتسعة وعشرين جزءا من خمسة واربعين
جزءا من الدين ووجه ذلك ان القاطع لما دفعت بيدها انقسم ما في
المقطوع من الدين وذلك الف بينهما نصفين قلت قيمة القاطعة
او كثرت لانها قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة
نصف الدين لان اليد من الادمي نصفه فيحول النصف الى القاطعة
ولا يسقط شيء من الدين فصار في كل واحد منهما خمسمائة فاذا ولدت
كل واحد ولدا يساوي خمسمائة انقسم ما في كل واحد منهما من الدين
بينها وبين ولدها نصفين على تقديرها قيمة الولد الذي الى وقت
الفكاك فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون
ثم قتلهم جميعا عبد قيمته الف درهم ودفع بهم قام مقامهم وصار
كل ربع من العبد قائما مقام واحد منهم لاستواء قيمتهم فانقسم العبد
المدفوع عليهم ارباعا كل ربع مائتان وخمسون ولا يسقط شيء من

الدين لان كل ربع من العبيد قام واحد منهم لحما ودما ولم ينقص من بدن
العبد شيء فصار كأن الاربعة كلهم احياء ولم ينقص منهم شيء وانما تراجع
سعرهم الى الف ولو كان كذلك لا يسقط شيء من الدين وكان يجب على
الراهن ان يفتك العبد بجميع الدين الا انه لما ذهب عينه فقد ذهب
من بدل كل واحد منهم نصفه الا انه لا يسقط بذهاب بدل الولدين
من الدين ويسقط بذهاب نصف بدل الجاريتين نصف ما بازاء كل واحدة
من الدين فاذا ذهب نصف بدل الولدين من بدل كل واحد منهما مائة وخمسة
وعشرون وبقي مائة وخمسة وعشرون يوم الفكاك ظهر انا اخطانا في
القسمة فيجب استئناف القسمة فنقول نقسم جميع الدين اولا على قيمة
المقطوع يدها يوم العقد والقبض وذلك الف درهم وعلى قيمة بدل
ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون لان الولد الحاصل
بعد القطع هو الولد الحاصل عليه لما بدلا فنجعل اقل المائتين وذلك مائة وخمسة
وعشرون سهما فصار قيمة الجارية ثمانية اسهم لان الالف ثمان مرات
مائة وخمسة وعشرون فيصير الكل تسعة فتقسم الالف الدين على تسعة
اسهم بازاء بدل الولد وذلك مائة واحد عشر وتسع وثمانية اسهم بازاء
الجارية وذلك ثمانمائة وثمانية وثمانون وثمانية اتساع سهم وذلك
ثمانية اتساع الدين ثم تحول نصف ما فيها الى القاطعة وهو اربعة اتساع
الدين وذلك اربعمائة واربعة واربعون واربعة اتساع ثم نقسم اربعة اتساع
الدين التي في القاطعة عليها وعلى ولدها وعلى اعتبار قيمتها يوم الدفع
بالجناية وعلى اعتبار قيمة ولدها يوم ولدها يوم الفكاك وقيمتها
يوم الدفع خمسمائة وقيمة ولدها يوم الفكاك مائة وخمسة وعشرون
فجعلنا اقل المائتين وذلك مائة وخمسة وعشرون سهما فيصير قيمة القاطعة
اربعة اسهم والكل خمسة اسهم فنقسم اربعة اتساع الدين على خمسة
وقسمة اربعة على خمسة لا تستقيم فاضرب مخرج الكسر وذلك خمسة
في اصل الفريضة وذلك تسعة لانا قسمنا الدين بين المقطوعة وبين

ولدها على تسعة فيصير خمسة واربعين ثم نعود الى اول القسمة قسمنا
جميع الدين على المقطوعة وعلى بدل ولدها يوم الفكاك سهم بازاء الولد
مضروب في خمسة فصار خمسة وصار بازاء المقطوعة ثمانية مضروبا في
خمسة فصار اربعين ثم تحول نصف الاربعين الى القاطعة وذلك عشرون
سهما ثم نقسم ذلك بينها وبين ولدها على خمسة خمسة وذلك اربعة في بدل
الولد واربعة اخماسه وذلك ستة عشر في الام فاذا اعور العبد ذهب
من بدل كل واحد من الجاريتين نصفه فيسقط نصف ما في كل واحدة منهما
من الدين وكان في بدل المقطوعة يدها عشرون من خمسة واربعين فيسقط
نصفه وذلك عشرة وكان في بدل القاطعة ستة عشر فيسقط نصفه
وهو ثمانية فكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرون
هذا معنى ما قال في الكتاب انه افتكها بسبعة وعشرين من خمسة واربعين
من الدين وما في الكتاب للساقط ثمانية عشر سهما من خمسة واربعين
سهما وذلك تسعان ونصف ربع اخماس ربع اتساع الدين فتسعان
عشرة لان تسع خمسة واربعين خمسة واربعة الاتساع عشرون واربعة
اخماسه ستة عشر فنصفه ثمانية او نقول ذلك خمسا الدين كله
خمس تسعة لحاصل ما يؤدي الى المرتهن تسعة ويسقط عنه اربعة
واذا رهن جارية تساوي الفا اصابت العشر وقيمتها الف الف درهم فاصابت
عينها الصحيحة من احدث قيمتها لاجل البياض ما بين يسقط اربعة
اخماس الدين لانه هلك اربعة اخماس الجارية فيسقط اربعة اخماس
الدين قد رحمه الله النقصان الحاصل بالعمى ربع اخماس قيمتها
لنبهل واحد الحساب لا لان ذلك تقدير لازم لنقصان العمى بخلاف
الجارية المبيعة اذا ذهبت عينها قبل القبض حيث لا يسقط شيء من
الثمن لان ذاك ضمان العقد وانه يرد على الذات دون الاوصاف
اما هاهنا ضمان القبض كالغصب وانه يرد على الاطراف فان قيل
وجب ان يسقط جميع الدين لانها لو كانت صحيحة العينين ثم ذهبت

احدى عينيها يسقط نصف الدين فاذا عميت وجب ان يسقط جميع الدين ولا يعتبر النقصان
كما لو لم يعتبر ثمة خصوصا على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يعتبر النقصان
في العمى حتى قال فيمن فقأ عيني عبد كان للمولى الخيار ان شاء دفع الجثة الى الفاقئ
واخذ منه القيمة وان شاء امسكه ولا يضمنه شيئا من النقصان او ليسقط النصف
كما في تلك المسالة قيل لا بل من مشايخنا رحمهم الله من قال المذكور في الكتاب قولهما
لانهما يعتبران النقصان في العمى والصحيح ان هذا قول الكل فانه لم يحك خلافا
فكان قولهم كلهم وانما كان كذلك لانه تعذر القول باسقاط نصف الدين
الذي فيها وان كانت عين واحدة منها لانها عميت بذهاب هذه العين وصارت
كالتي ذهبت بالعين لا في حال الانفصال الحاصل بهذا الكسر كما اذا كانت
العين الاولى قائمة وذهبت احداهما لانه امكن اعتبار المناصفة لانها لا تصير
كالتي ذهب العين من الادمي بنصفها اما هنا تعذر اعتبار المناصفة وتعذر
القول باسقاط جميع الدين لانها صارت كالتالفة حكما الا انا لو اعتبرنا ذلك
لم يبق للجثة قيمة اصلا وهذا فاسد لان للجثة قيمة وتبعا للجاني من الدين
وسقوط بعض الدين بما لا متقوما تعذر القول بذهاب كل الدين فلهذا
اعتبر النقصان وقال يذهب اربعة اخماس العين اذا انتقص العمى من
قيمتها قدر اربعة اخماس قيمتها فان انجلى البياض عن العين التي كانت
في الاصل ايضا وصارت تساوي الفا لم يعتد بشيء مما سقط من الدين لان
الزيادة متصلة حدثت بعد عقد الرهن لم تقصد بالعقد والقبض
فلا يعتد بها ما لم تصر منفصلة بالتناول لانه لا عبرة لها في المعاوضات
ولانها لم تتوال في وقت الفكاك لها لان المنفصلة اذا لم تتوال وقت
الفكاك لا يعتد بها فالمتصلة اولى وان بقيت الى وقت الفكاك وقبض
الراهن فكذلك بخلاف المنفصلة والفرق ان في المنفصلة وجد من
الراهن القبض الذي له شبه بالعقد فانه يثبت للمرتهن بالقبض
ملك اليد ان لم يثبت ملك الرقبة ويثبت للراهن بالفكاك ملك
اليد ان لم يثبت ملك الرقبة فكان لهذا القبض شبها بالعقد فاما المتصلة

صارت

صارت مقبوضة بقبض الاصل تبعا فلا تصير مضمونة بالدين كالزيادة
المتصلة في البيع مع المنفصلة وان ضرب رجل هذه العين التي انجلت
وعاد بياضها غرم ما نقصها ونقصانها مائتا درهم وافتك الراهن الجارية
والارش بخمسة اتساع جميع الدين وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة
اتساع لان الانجلاء صادف قيمتها الفا والجناية صادفت قيمتها مائتي درهم
فيغرم الضارب ما نقصها في حاله لان هذه جنايته على الرقيق فيما دون
النفس فيكون في مال الجاني ولا يتحملها العاقلة وصار الارش رهنا معها
لانها صارت منفصلة بمنزلة الولد وولد الولد فاعتبرت في انقسام الدين بخلاف
ما قبل الضرب لانها متصلة فلا تعتبر في الانقسام لان الزيادة انما تعتبر
في انقسام الضمان اذا كانت قابلة للضمان وتحقق ذلك لو ورد سبب الضمان
عليها وهذا انما يكون في المنفصلة لا في المتصلة ومتى صارت معتبرة
في انقسام الدين يقسم كل الدين على الجارية والارش يعتبر قيمة الجارية
يوم القبض بحكم العقد وذلك الف على مقدار الارش للحال على
اعتبار النقصان الذي في وقت الفكاك وذلك ثمانمائة وقد نقسم
الدين على تسعة لانا جعلنا التفاوت بين العددين وذلك مائتان
سهما فصار خمسة اتساع الدين وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون
وخمسة اتساع حصة الجارية واربعة اتساع الدين وذلك اربعمائة واربعة
واربعون واربعة اتساع الدين حصة الارش فاذا عميت الجارية بعد
ذلك بان ذهبت التي كانت صحيحة يوم الرهن والعمى اوجب نقصان
ثمانمائة فقد ذهب منها اربعة اخماسها فيذهب اربعة اخماس
ما فيها من الدين وبقي فيها خمس الدين وحصة الارش اربعة الاخماس
لتغير لذلك الى يوم الفكاك فكان الساقط اربعة اتساع الدين
والباقي خمسة اتساع لهذا معنى ما قال محمد رحمه الله في الكتاب
ان الراهن يفتكها والارش بخمسة اتساع جميع الدين يعني جعل
محمد رحمه الله ما حدث من الزيادة بالانجلاء بعد العمى بالمولود

القطع في المسألة المتقدمة لحدوثه قبل العمى وقبل القطع حين قسم جميع الدين
على الجارية والأرش والولد وإن حدثت الزيادة بعد العمى والقطع حقيقة
لأن هذه زيادة حكمية والزيادة الحكمية في العقود تعتبر بالزيادة القصدية
والزيادة القصدية متى صحت تستند إلى وقت العقد وتصير كالموجود لدى
العقد كما في البيع فكذا الزيادة الحكمية فيظهر أن الزيادة حصلت
قبل العمى من حيث الحكم فلهذا قسم جميع الدين على الجارية وعلى الأرش والولد
قبل العمى إلا أن بين الزيادة القصدية والحكمية فرقا من وجه وهو أن
الزيادة القصدية لا يعود شيء مما سقط من الدين قبل الزيادة ويكون
زيادة على ما بقي من الدين وبالزيادة الحكمية يعود بعض ما سقط من الدين
قبل الزيادة والفرق أن الولد ليس برهن قصدا لأنه لم يرد عليه العقد
وإنما حصل رهنا تبعا فكان تبعا للعقد الوارد على الأم والعقد الوارد
على الأم كان رهنا بجميع الدين سابقا على سقوط شيء منه فلهذا انقسم كل
الدين عليه وعلى الأم أما الزيادة القصدية صارت رهنا مقصودا فتجعل رهنا
بالدين القائم وقت الزيادة لا بجميع الدين لأن الرهن شرع للتوثق بالدين
والاستيفاء وذا إنما يحتاج إليه في الدين القائم لا في الساقط
فلا يعود بسبب الزيادة شيء من الدين الساقط ثم فرق بين الرهن
والبيع فقال في الرهن يقسم جميع الدين بين الأم والولد والأرش
وقال في البيع يقسم ما بقي من الثمن بينها وبين ولدها حتى أن البائع إذا فقأ
عين الجارية المبيعة قبل التسليم حتى سقط نصف الثمن ثم ولدت ولدا
يقسم نصف الثمن بينها وبين ولدها ولا يجعل الولد بعد العور كالولد
قبله والفرق أن عقد الرهن لا يبطل ولا ينفسخ بهلاك الرهن بل
يتأكد لأنه شرع للاستيفاء وبالهلاك يتقرر الاستيفاء ويتقرر حكم
العقد ويتأكد العقد ولا يبطله والمتأكد قائم فإذا ولدت ولدا حال
قيام العقد ثبت فيه حكم الرهن تبعا وصار رهنا تبعا للأم كأنه
حصل قبل العور فاستيفاء منه فيقسم الدين على الأم والولد بخلاف

المبيع

المبيع لأن هلاك المبيع يوجب انفساخ البيع فإذا هلك بالعور نصفه انفسخ
البيع فيما هلك وسقط نصف الثمن والمنفسخ لا يعود فلا يستقيم
قسمة الساقط بحدوث الولد لا يقسم ما بقي ألا ترى أن العبد المبيع إذا أبق
قبل القبض وقضى القاضي بسقوط الثمن ثم عاد من الإباق لا يعود البيع والعبد
المرهون إذا أبق وقضى القاضي بسقوط الدين ثم عاد من الإباق يعود الدين
والرهن وكذا الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض سقط الثمن فإذا دبغ المشتري
جلدها لا يعود شيء من الثمن والشاة المرهونة إذا ماتت ثم دبغ المرتهن جلدها
عاد الدين بقدره والعصير المبيع إذا تخمر قبل القبض سقط الثمن فإن تخلل
يعود لكن لا يعود البيع والعصير المرهون إذا تخمر ثم تخلل عاد الدين ولو كان
الذي ضرب عينها فأذهب بياضها عبد قيمته ألف ودفع به كان بمنزلة
ولد ولدته لما بينا في الفقء فيفتكها بثلاثة أخماس الدين لأن الزيادة المتصلة
بالتناول صارت منفصلة بمنزلة الولد فيقسم جميع الدين على الجارية باعتبار
قيمتها يوم العقد وذلك ألف درهم وعلى العبد المدفوع باعتبار قيمته
يوم الدفع وذلك ألف أيضا فينقسم الدين بينهما نصفين على ما عميت الجارية
وصارت قيمتها مائتين فذهب من قيمتها ثمانمائة وهو أربعة أخماس قيمتها
فذهب أربعة أخماس ما فيها من الدين وبقي خمس ما فيها وهو خمس نصف الدين
وأقل حساب له نصف ولنصفه خمس عشرة فخمس نصفها سهم وفي العبد نصف
الدين وذلك خمسة فيكون ستة وستة من عشرة ثلاثة أخماس وهذا معنى
ما قال في الكتاب يفتكه المرتهن بثلاثة أخماس الدين هذا إذا حدثت
الزيادة المنفصلة بعد فوات العين التي كانت صحيحة بأن انجلى البياض
عما كانت بيضاء في الأصل بعدما عميت وإن حدثت الزيادة قبل فوات العين
التي كانت صحيحة فلذلك الجواب بيانه قال في الكتاب رجل رهن جارية
قيمتها ألف بألف وهي بيضاء إحدى العينين فذهب البياض وبلغت
قيمتها ألفين ثم ابيضت التي كانت صحيحة ورجعت القيمة إلى الألف
ينظر إلى ما كان ينقصه البياض في العين الأخرى لو كانت العين على حالها

فان كان نقصها اربعة اخماس القيمة بطل اربعة اخماس الدين لان الزيادة
المتصلة بعد عقد الرهن لا عبرة بها فكان وجودها وعدمها بمنزلة كان
البياض لم يحل ولو لم ينجل البياض عن العين التي كانت بيضاء والعمى ينقص اربعة
اخماس قيمتها يذهب اربعة اخماس الدين يكتفى بهذا فان ضرب انسان
تلك العين فكذا بهذا فان ضرب انسان تلك العين التي انجلى بياضها فعاد البياض
على حالها يقسم الدين عليها وعلى الارش وعلى تقديرها الارش الى يوم الفكاك
لان الهلاك لم يسقط من الدين بقدر ما فات بذهاب العين كما لو كان مكان الارش
ولد ولو رهن جارية قيمتها الف بالف درهم فولدت ولدا يساوي الفا فجاءت
جارية تساوي مائة وقتلت الام ودفعت بها ثم ولدت المدفوعة ولدا يساوي
الفا ثم جاءت جارية تساوي الفا وقتلت جميع الولدين والقاتلة الاولى ودفعت
بهم ثم ولدت ولدا يساوي الفا ثم ماتت القاتلة الاخيرة وبقي ولدها ثم جاء
الراهن يفتكه قال الالف الدين يقسم على احد وثلاثين سهما فما اصاب عشرة
اسهم فهو حصة الولد الاول من الولد الذي يؤديه الراهن في الرهن وما اصاب
احد وعشرين يقسم على اثني عشر سهما وعشرة اسهم فما اصاب عشرة فهو حصة
الولد الثاني من الولد الذي يؤديه الراهن ايضا وما اصاب سهمين وعشرة
ابطل بنصفه عن الراهن ويؤدي النصف الاخر ووجه ذلك ان
الجارية الاولى لما ولدت ولدا يساوي الفا يقسم الدين وذلك الالف على قيمة
الجارية يوم العقد والقبض وذلك الف وعلى قيمة ولدها الحال باعتبار الظاهر
على اعتبار بقاء القيمة الى وقت الفكاك وذلك الف ايضا فانقسم
الدين عليهما نصفين خمسمائة في الام وخمسمائة في الولد فلما قتلت الام جارية
تساوي مائة ودفعت بها تحول ما فيها من الدين الى القاتلة ولا يسقط
شيء من نصف الدين الذي كان في المقتولة لانها قائمة وتراجع سعرها
على ما ذكرنا ولدت القاتلة ولدا يساوي الفا انقسم ما كان في القاتلة من
نصف الدين عليها وعلى ولدها باعتبار قيمتها يوم الدفع وولدها الحال
بطريق الظاهر على تقدير البقاء الى وقت الفكاك فذلك وقيمة الام يوم

الدفع

الدفع مائة وقيمة ولدها الحال الف فجعل الالف عشرة اسهم والمائة سهما فصار
بازاء الولد من نصف الدين عشرة اسهم وبازاء الام سهم واذا صار نصف الدين
الذي في القاتلة وولدها على احد عشر سهما صار النصف الاخر الذي في ولد
المرهونة احد عشر سهما ايضا فصار كل الدين اثنين وعشرين سهما فاذا
جاءت جارية قيمتها الف وقتلت الولدين والقاتلة الاولى ودفعت بالكل
قامت مقام الثلاث وقيمة الثلاث الفان ومائة فجعلنا اول الاموال وذلك
مائة سهما فصارت قيمتهن احدا وعشرين سهما فصارت القاتلة الثانية وقيمتها
احد وعشرين سهما قائمة مقام الثلاث كان الكل قائمين وتراجع سعرهن
فيكون عشرة منها بدل ولد الجارية المرهونة وعشرة منها بدل ولد الجارية
القاتلة وسهم منها بدل الجارية القاتلة الاولى فاذا ولدت القاتلة الاخيرة ولدا
يساوي الفا انحل هذا الولد على احد وعشرين سهما كالام لان قيمته وقيمة
الام سوا وانه زيادة حدثت من بدل قام مقام الكل فيتفرع من كل جزء جزء
كان بدل الجارية المرهونة من القاتلة الاخيرة عشرة اجزائها وقد تفرع
منها عشرة اجزاء من ولدها فصار بدل الجارية المرهونة عشرين جزءا
عشرة من اجزاء الام وعشرة من اجزاء ولدها والذي بدل ولد الجارية القاتلة
الاولى من اجزاء القاتلة الاخيرة كان جزءا واحدا من احد وعشرين جزءا
وقد تفرع عنها جزء من ولدها فصار بدل القاتلة الاولى جزءين جزء
من القاتلة الاخيرة وجزء من ولدها ولو لم تمت القاتلة الاخيرة وجاء الراهن
يفتكهما وولدها بجميع الدين لانه لم يذهب من البدل القائم مقام الاشخاص
الثلاثة شيء انما انتقصت القيمة وذلك لا يوجب سقوط شيء من الدين
عندنا خلافا لزفر رحمه الله فاذا ماتت القاتلة الاخيرة بعد ذلك فقد ذهب
بموتها نصف بدل الاشخاص الثلاثة لان بدل الاشخاص الثلاثة الام والولد
وقيمتهما سوا ولهما في هذا القدر مضمونة لقيامهما مقام الاصل واذا ذهب
نصف بدل الكل واصلهم وقد كان بدل الجارية المرهونة عشرين
جزءا ذهب نصفها عشرة وبقي نصفها عشرة والذي بدل القاتلة الاولى

وكان بدل القابلة الاولى جزو من ذهب النصف وهو جزو الان بذهاب
نصف بدل الولدين لا يذهب شي من الدين لما ذكرنا وبذهاب نصف بدل
القابلة الاولى ذهب نصفه ما فيها من الدين اذا ذهب نصف بدل الولدين
تبين ان اخطانا في القسمة الاولى لانا قسمنا الدين في القسمة الاولى بين
الجارية المرهونة وبين ولدها نصفين على تقدير بقا قيمته وولدها الى وقت
الفكاك ولم يبق الا ثماني من بدل ولدها عشر اجزا في ولد القابلة الاخيرة
وانه اقل من الالف فوجب استيناف القسمة على قدر ما بقي من بدل
ولد الجارية المرهونة والوجه فيه ان نقسم الدين اولا على قيمة الجارية المرهونة
يوم العقد والقبض وذلك الف درهم وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها من ولد
القابلة الاخيرة وذلك عشرة وقد صارت قيمة القابلة الاخيرة وهي الف
على احد وعشرين فيصير اجزا المرهونة وقيمتها الف على احد وعشرين
ايضا فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المرهونة يوم العقد والقبض
وذلك احد وعشرون وعلى ما بقي من قيمة بدل ولدها وذلك عشرة فيكون
ذلك احدا وثلثين حصة ولد المرهونة من ذلك عشرة فيفتك الراهن بعشرة
اجزا من احد وثلثين جزوا من جميع الدين وذلك ثلثماية واثنان وعشرون
درهما وثمانية عشر جزوا من احد وثلثين جزوا من درهم لان الخارج من قسمة
الالف على احد وثلثين اثنان وثلثون درهما وثمانية اجزا من احد وثلثين
جزوا من درهم فعشر مرات ثلثون درهما وثمانية اجزا من احد وثلثين
ما ذكرنا لان عشر مرات اثنان وثلثون ثلثماية وعشرون وعشر مرات
ثمانية اجزا ثمانون والسهم الصحيح احد وثلثون واثنان وستون سهما ن
بقي ثمانية عشر جزوا فيفتك فهذا بقي بعد ذلك احد وعشرون سهما حصة
الجارية المرهونة ويحول الى الجارية القابلة الاولى وذلك ستماية وسبعة وسبعون
درهما وثلثة عشر جزوا من احد وثلثين جزوا من درهم لان احد وعشرين من
اثني وثلثين درهما وثمانية اجزا من احد وثلثين ما ذكرنا ثم نقسم ما حول الى القابلة
عليها على اعتبار قيمتها يوم الدفع وذلك ماية وعلى قيمة بدل ولدها يوم

الفكاك

الفكاك وذلك عشرة على اثني عشر سهما وعشر سهم لان قيمة القابلة ماية
وماية مثل عشر الجارية المرهونة وقيمة الجارية المرهونة صارت على احد
وعشرين سهما وكان العشر منها سهمين وعشر سهم وبدل ولدها من ولد القابلة
الاخيرة عشرة اسهم من احد وعشرين سهما فلهذا نقسم احد وعشرون سهما من
الدين الذي هو حصة الجارية المرهونة ويحول الى القابلة الاولى بينهما على اثني
عشر سهما وعشر سهم سهمان وعشر سهم بازا القابلة الاولى وعشرة اسهم
بازا بدل ولدها وبدل القابلة الاولى جزوان جزو من القابلة الاخيرة وجزو
من ولدها فنقسم ما في القابلة الاولى من الدين وذلك سهمان وعشر سهم على
بدلها وهو جزوان احدهما في القابلة الاخيرة والاخر في ولدها فنقسم على
السوا نصفه في الام وذلك سهم ونصف عشر سهم ونصفه بازا الولد لان
الدين يحول من القابلة الاولى الى بدلها حتى دفعت بها وانقسم ذلك بينها وبين
ولدها فاذا ماتت الاخيرة بعدما ولدت فقد ذهب جزو من بدل القابلة الاولى
من الجزوين فذهب الدين الذي كان في ذلك الجزو وذلك سهم ونصف عشر
سهم وبقي سهم ونصف عشر سهم يفتكه الراهن بذلك فحاصل ما يودي
الراهن الى المرتهن ثلثماية واثنين وعشرين وثمانية عشر جزوا من احد وثلثين
جزوا بازا الولد الاول وخمسماية وتسعة وخمسين درهما واربعة اخماس
درهم وثمانية واربعون جزوا وخمس خمس جزو من سبعماية وخمسين وخمس
لان الخارج من قسمة ستماية وستين على اثني عشر خمسة ونصف فهو حصة
العشر بقي احد عشر ونصف وثلثة عشر جزوا فيكون ثلثماية وتسعون
وستين ونصف ضعفنا فيصير سبعماية وتسعة وثلثين لا ينقسم على اثني عشر
وعشر فيصير المبلغ في اثني عشر وعشر فيصير ثمانية الالف وسبعماية واحدى
واربعين وتسعة اعشار والسهم الصحيح بعد التضعيف اثنان وستون ضربناه
في اثني عشر وعشر فيصير سبعماية وخمسين وخمس والخارج من القسمة ما ضربناه
وهو سبعماية وتسعة وثلثون بعشر مرات سبعماية وتسعة وثلثون
سبعة الالف وثلثماية وتسعون وهو تسعة دراهم واربعة اخماس درهم

وثمانيه واربعون جزءا وخمس خمس جزء من سبعمائه وخمسين وخمس الذي هو الدرهم
الصحيح فهذا حصة الولد الثاني ومن المال سبعمائه وتسعه وثلثون الف واربعمائه
وثمانيه وسبعون وعشر سبعمائه وتسعه وثلثون ثلثه وسبعون وتسعه اعشار
ثلثه الف وخمسمائه واحدى وخمسون وتسعه اعشار وهو درهمان واحدى وخمسون
جزءا ونصف جزء من سبعمائه وخمسين الذي هو الدرهم فحاصل ما يقابل الولد
الاول ثلثمائه واثنان وعشرون درهما ونصف درهم وثمن ونصف من احد وثلثين
من درهم وما يقابل الولد الاخر خمسمائه وتسعه وخمسون درهما واربعه اخماس
درهم وثمانيه واربعون جزءا وخمس خمس جزء من سبعمائه وخمسين وما يقابل
الام مائه وتسعه عشر درهما ونصف درهم واحد وخمسون جزءا ونصف جزء من
سبعمائه وخمسين وخمس يسقط نصفه وذلك ثمانيه وخمسون درهما وثلثه
ارباع درهم وثلثه ارباع درهم وخمسه وعشرون جزءا وثلثه ارباع جزء من سبعمائه
وخمسين وخمس يؤدي مثله فجملة ما يلزم الراهن تسعمائه واحد واربعون
درهما وثلث سبع درهم ومائه جزء وثلثه اجزاء وثلثه ارباع جزء من سبعمائه وخمسين
درهما وخمس درهم فان اردت التصحيح فاضرب مخارج الكسور بعضها في بعض وقد
انكسر الدرهم بالربع والخمس وثلث السبع فاضرب اربعه في خمسه فيصير عشرين
ثم اضرب عشرين في مخرج ثلث السبع وذلك احد وعشرون فيصير اربعمائه وعشرين
ثم اضربه في الدرهم وذلك سبعمائه وخمسين وخمس فما بلغ فهو الدرهم والله اعلم

باب الرهن من الشركاء يرجع بعضهم على بعض

اصل الباب ان الشيوع اذا تمكن في الرهن منع جواز الرهن بان رهن نصف
عبد او نصف دار مما اذا عرض في الحال لا يمنع كما اذا رهن اثنان مالا مشتركا
بينهما بدين عليهما الواحد صفقة واحده جاز فالا رهن هنا مشترك لهذا الذي علينا
من الدين ما يقولا على ان حصته واحد منا رهن عليه لان الشيوع انما منع
جواز الرهن لانه يفوت محليه حكم العقد وهو احتباس المستحق حقيقه
لان الحبس لا يتاتى التتابع او لادخال التوقيت فيه لانه رهن يوما ويوما
لا ولو نص على هذا كان فاسدا لما نذكر وهنا لا يفوت لان العقد لا يفيد

لا

الا استحقاق حبس واحد في محل واحد من غير تعرض لبعض دون بعض حتى لو قضى
احدهما دينه بنفسه ليس له ان يترك الرهن بحصته فان قيل العين الواحد
لا يتصور ان يكون مرهونا بكمال الدين كل واحد منهما الا ترى انه لو رهن الكل
احدهما بدينه ورهن الاخر كله بعد ذلك بدينه لا يصح قلنا له نعم لكن اجمعت
الامه على المعقود بينهما فان من رهن عبدا او عبدا بالف درهم فطار دانقا
كله بكل درهم حتى لو قضى الدين كله الا درهم يبقى الكل رهنا بذلك الدرهم ولو
رهن الكل بدرهم ثم رهن الكل بدرهم بعد ذلك لم يصح كذلك هنا يكون الكل
محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزاء الدين وهذا مذهبنا وعند الشافعي
رحمه الله يصح وهذا يبتنى على ما ذكرنا ان موجب الرهن عندنا الحبس على الدوام
وعنده البيع في الدين والتقدم على الغرماء ثم اختلف مشايخنا المتاخرون
رحمهم الله منهم من قال باطل العقد كله الذي يجري مجرى الركن كاستيجار دابه الرك
لحمل طعام مشترك ومنهم من قال الفاسد لفقد شرطه وثمرة الخلاف انما تظهر
فيما اذا هلك في يد المرتهن فعلى القول الاول واليه اشار الكرخي رحمه الله لا يسقط
الدين وعلى القول الثاني يسقط وهو الاصح وجه قول الشافعي رحمه
الله ان المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم وهذا لان موجب
الرهن استحقاق البيع في الدين لانه مشروع لصيانة حق المرتهن عن الضرر
الذي يلحق بمزاحمة سائر الغرماء فالمشروع وانواع منها ما يومنه عن الجحود
وهو الشهود ومنها ما يومنه عن نسيان الشهود وهو الصك ومنها
ما يومنه عن التوى بالافلاس وهي الكفالة ومنها ما يومنه عن اتواء العين حقه
لمزاحمة الغرماء وهو الرهن واذا كان مشروعا لهذا النوع من الوثيقه
كان المستحق به البيع في الدين فيختص بمحل يقبل البيع في الدين ثم القبض
شرط تمام هذا كالهبه والشيوع لا يمنع اصل القبض الا ترى ان البائع يصلح
وان رأس مال السلم وبدل الصرف مما لا يحتاج فيه فيما لا ينقسم جائز وعندي
فيما ينقسم ولهذا لو اشترى نصف ثم باعه يجوز مع نهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع ما لم يقبض وبيع المشاع فاسد فيعتبر ذلك بالقبض عندهم واما التعليل

اذا استعمل العبد المشترك بغير اذن شريكه فهلك يضمن ضمان الغصب لانه
لا بالقبض الحقيقي ولان المحل قابل للقبض فكذى النقض لانه داخل تحت الكل ولان
البعض لا يخالف الكل ودوام يد المرتهن ليس بشرط لبقاء حكم الرهن فانه لو اعاره
من الراهن بعد ما قبضه او غصبه الراهن منه لا يبطل الرهن وكان للمرتهن
ان يسترده ولا يجوز ان يقال موجب العقد اليد لان العقود الشرعية انما تشرع
لما هو المقصود واليد غير مقصوده لعينها بل للتصرف او للانتفاع والمرتهن
لا يتمكن من شيء من ذلك والدليل عليه جواز الرهن من رجلين بدين لهما وانما يكون
راهنا من كل واحد منهما نصفه كما ان ايجاب البيع لاثنين ايجاب لكل واحد
منهما في النصف فكذلك الرهن ثم كل عقد جاز في جميع العين مع اثنين يجوز
في نصفه مع الواحد كالبيع ولان المشاع قابل لحكم الرهن على اختلاف
الاصلين اما على اصلنا فظاهر واما على اصلهم فلانه تعلق الدين بالمحل وهو
تقدير شرعي ظهر اثره في تقدمه على الغرماء عند العسرة والمزاحمة والمشاع
قابل لهذا ولان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه اذ الاسباب لا تحل المحال وانما
تحل الاحكام في المحل وكل محل يكون قابلا للاحكام يكون محلا له والمشاع قابل
حكمه على ما ذكرنا والدليل عليه الشيوع الطارئ وما يمنع الابتداء يمنع البقاء
كالرضاع والصهر والحدث ولنا طريقان احدهما ان رهن النصف
الشايع بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما لا وبيانه ان موجب عقد الرهن
دوام المرتهن عليه من وقت العقد الى وقت الفكاك وذلك لا يتحقق مع الشيوع
لانه يحتاج الى المهاياة مع المالك في الامساك فيمسكه المالك يوما بحكم
الملك ويحفظه المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله يوما ويوما لا لانه
ينعدم به استحقاق اليد للمرتهن في نوبة الراهن فكان ذلك بسبب
مقترن بالعقد وهو الشيوع ومتى اقترن بالعقد ما يمنع موجبه لم يصح
العقد ولا يمكن ان يجعل الراهن نائبا عنه حتى يكون في يده معنى لان مالك
الرقبة له ملك اليد لانه يتبع لملك الرقبة لانه لا بد منه ليكون وسيلة
الى الانتفاع ملك الرقبة لا باذنه فلا يصح انابته عنه وهذا لان الثابت

للمالك ملك يد هو وسيلة الى الانتفاع ومطلق التصرفات وليس للمرتهن هذه اليد
فلا يمكن جعله نائبا عنه والدليل على ان دوام اليد موجب العقد قوله تعالى
فرهان مقبوضة فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا الا في حال كونه مقبوضا فيه
ولان المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوي بالجحود فان الله تعالى
نقل الحكم من الكتاب والشهود الى الرهن فيكون المقصود بالمنقول اليه
ما هو المقصود بالمنقول عنه وذلك لا يحصل الا بدوام اليد عليه لانه اذا عاد
الى يد الراهن ربما يجحد الرهن والدين جميعا ولذلك المقصود اضجار الراهن
ليسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام المرتهن عليه والدليل
عليه ان المرهون اذا كان شيئا لا ينتفع به مع بقاء عينه فللمرتهن ان يحبسه
عند اطلاق العقد ولو لم يكن دوام اليد موجب العقد لما كان له ان يحبسه
لان الراهن يقول انا اشفق على ملكي منك وحرمة البيع في الدين ولا تفوت
ذلك عليك بيدي وحيث كان المرتهن احق بامساكه عرفنا ان دوام اليد
موجب العقد ولسنا نعني وجود يد المرتهن حسا وانما نعني استحقاق
دوام اليد وبالاعارة من الراهن او الغصب لا ينعدم الاستحقاق وفي
الرهن من رجلين استحقاق دوام اليد ثابت لكل واحد منهما في جميع العين
حتى اذا قضى جميع دين احدهما يكون للاخر ان يحبس جميع الرهن حتى
يستوفي دينه ولا يجوز ان يكون الواحد محبوسا بدينين ويكون
جميعه محبوسا بدين كل واحد منهما فلذلك حبس العين بحكم الرهن ثم اليد
مستحقة على الراهن هناك حتى لا يملك استرداد شيء من العين الى ان يصل
ما لم ينفصل الدين والعقد بهذا يتم وان لم يكن لكل واحد منهما حق التفرد
باثبات اليد كما لو شرطا ان يكون الرهن على يد عدل يجوز لاستحقاق
اليد على الراهن وان لم يكن للمرتهن حق اثبات اليد عليه وللمالك في المال ملك
العين والمنفعة واليد فكما يجوز له ان يوجب لغيره ملك العين او المنفعة
يجوز له ان يوجب لغيره ملك اليد مقصودا وذلك بعقد الرهن وهذا لان
اليد مقصودة ولهذا يصح الاقرار بها وتقبل الشهادة عليها الا ترى ان الغاصب

بضمن بفوات اليد كما يضمن المتلف باتلاف العين واذا كان باليد يتوصل الى
التصرف والانتفاع كانت اليد مقصودة وهذه العلة تشير الى انه فاسد والطريق
الاخر ان موجب عقد الرهن ثبوت الاستيفاء للمرتهن لما بينا انه وسعه بجانب
الاستيفاء للمرتهن لما بينا انه وسعه بجانب الاستيفاء ويد الاستيفاء في الجزء الشائع
لا يتحقق لان اليد حقيقة لا تثبت الا على جزء معين واذا كان المرهون جزءا شائعا
لو ثبت حكم الرهن انما يكون عند التخلي بجميع العين او عند تناول جميع العين
حقيقة معقودا عليه لا ينعقد العقد اصلا كما لو استاجر احد زوجي المقراض
لمنفعة قرض الثياب وبهذا تبين ان العين فيما هو موجب الرهن غير محتمل
للتجزي وعند اضافة العقد الى نصفه لم يثبت في كله فيبطل اصلا لتعذر اثبات
موجبه في النصف كالكناية بالنفس والمراة في حل المحل اذا كانت لا تتجزى فاذا اضيف
النكاح الى نصفها بطل عنده وعندنا يثبت في الكل وقوله يصير قابضا بقبض
الكل قلنا الكل ليس هو المعقود والمرهون هو البعض والمقبوض هو الكل والكل
ليس هو البعض انه لا يملك قبضه وهذا بخلاف الرهن من رجلين لان موجب
العقد هناك ويد الاستيفاء ثبت في جميع المحل عند ... يحكم التجزي يثبت
في حق المرتهنين عند تمام الاستيفاء بالهلاك للمزاحمة وبه لا يظهر التجزي في المحل
الا ترى ان نصف النفس لا يستحق قصاصا ثم يجب القصاص لاثنين في نفس واحد
ويكون كل واحد منهما مستوفيا للنصف عند القتل باعتبار انه لا يظهر حكم
التجزي في الاقتصاص الى الاستيفاء على المحل فان قيل الشيوع لا يمنع
الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع المديون اليه كيسا فيه
عشرون ليستوفي حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا كان
لا يمنع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء
ملك عين المستوفى واليد تبنى على الملك والشيوع لا يمنع الملك فيما هو الموجب
يمكن اثباته في الجزء الشائع وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط وذلك
لا يتحقق في الجزء الشائع وبهذا الطريق سوينا في حكم الرهن بين ما يحتمل القسمة
وما لا يحتمل بخلاف البيع والهبة والصرف وما ذكر من الاحكام لان محل العقد

هناك المالية وانها موجودة فانعقد العقد لقيام المحلية الا ان القبض تمام شرط
تمام العقد فيراعى وجوده في كل محل بحسب الامكان واما هنا المعقود عليه
الحبس وانه ليس بمحل لذلك كما نقول ان عقد الاجارة على الرضيع المملوك لا يجوز لانعدام
المعقود عليه وهو المنافع وان وجدت المالية وبيعه جائز ولهذا لم يجوز رهن المتاع
من الشريك ايضا لان موجبه لا يتحقق فيما اضيف اليه العقد بخلاف اجارة المشاع
عند ابي حنيفة رحمه الله فالشيوع هناك انما يمنع لا لان موجب العقد ينعدم به
بل لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي اوجبه العقد لان استيفاء
المنفعة يكون من جزء معين وذلك لا يوجد في الاجارة من الشريك فانه يستوفي
منفعة الكل فيكون مستوفيا منفعة المستاجر لا على الوجه الذي استحقه وان
كان لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه لا لمعنى في تناول العقد لا يمنع جواز العقد
كبيع الرهن فان استيفاءه لا يمكن الا بالوفاء ولا يمتنع به صحة العقد والحاصل ان القبض
نوعان قبض هو مقصود استحق بالعقد وقبض ليس بمقصود ولكن استحق تبعا
لغيره والمحل محلان محل هو قابل للقبض مقصودا ومحل قابل للقبض تبعا لغيره
تبعا له فكل محل هو قابل للقبض مقصودا يكون محلا للقبض الذي هو مقصود
مستحق بالعقد وكل محل ليس بقابل للقبض مقصودا بل هو قابل تبعا لا يكون
محلا للقبض الذي استحق تبعا اذا ثبت هذا فنقول القبض في الرهن
مقصود مستحق بالعقد والمشاع لا يقبل القبض مقصودا فلا يكون
محلا للرهن وفي تلك المسائل القبض ليس بمستحق مقصودا بل مستحق
تبعا للمبيع والمشاع قابل للقبض الذي هو تبع في الغصب لا يتصور
استعمال النصف دون استعمال الكل فاذا استعمل الكل فقد استعمل
النصف اقتضاء في الباب ان قلنا كذلك الا انا لا ندعي هنا عدم القبض
وانما ندعي عدم استحقاق القبض على سبيل الدوام وهو حكم الرهن
لا نفس القبض وبهذا هو الجواب عن المسائل ايضا وعلى هذا قلنا اذا
استحق نصف المرهون من يد المرتهن بطل الرهن في الكل وعند ابن ابي ليلى
رحمه الله يبقى في النصف لان العقد صح في الكل لان كون العين ملك

الغير لا يمنع صحة الرهن و سوف موجبه كما لو استعار عينا ليرهنه
بدينه ثم يبطل في النصف لانعدام الرضى من المالك فبقي في الباقي كما لو
استحق نصف المبيع لانا نقول العقد في المستحق يبطل من الاصل لانعدام
الرضى فلو صح في النصف الباقي كان اثبات حكم الرهن في النصف
شائعا وهو بمنزلة ما لو تزوج امة باذن مولاها ثم استحق نصفها ولم يجز
المستحق النكاح يبطل في الكل واما الشيوع الطارئ بان رهن جميع العين ثم تفاسخا
العقد في النصف ورده المرتهن لم يذكر في الكتاب والصحيح انه كالمقارن
في انه مبطل للرهن فانه قال في القلب المكسور اذا هلك المرتهن البعض غرم
ذلك القدر ما في ذمته مرهونا كيلا يؤدي الى الشيوع وقال في العدل
اذا سلط على بيع الرهن كيف شا فباع نصفه يبطل الرهن في النصف
الباقي لما بينا ان الجزء الشائع لا يكون محلا لموجب عقد الرهن وكما
ان الرهن لا ينعقد او لا ينعقد ابتدا الا في محله لا يبقى بدون المحل بخلاف
الشيوع الطارئ في الهبة فالقبض هناك شرط تمام العقد لا شرط
بقاء العقد فلهذا الرجوع في النصف لا يبطل في الباقي ولو تفاسخا الرهن
في النصف يبطل فان تاثير الشيوع في المبيع من تمام القبض وذكر ابن شجاع
رحمه الله ان ابا يوسف رحمه الله رجع وقال الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء
حكم الرهن وقاس ذلك بمصير ورثة الرهن دينا في ذمة غير المرتهن
فانه يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى اذا اتلف المرهون انسان
او بيع يكون القيمة والثمن رهنا في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن
مضافا الى دين في الذمة لا يجوز ويجوز ان يكون الشيء مانعا في حالة الابتدا
لا في حالة البقاء كالعدة الطارئة على النكاح والعيب الطارئ مع المقارنة
والمعنى فيه ان الشيوع مراعى في حالة الابتدا لا في حالة البقاء القبض
بحكم الرهن يثبت بالتخلية لانه قبض بحكم عقد مشروع بمنزلة قبض
البيع وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
لانه قبض موجب الضمان ابتدا بمنزلة الغصب بخلاف الشرى فلذلك

القبض ما نقل الضمان من البائع الى المشتري لا ان يكون موجبا ابتدا والاول
اصح لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية فالقبض الموجب لهذا الاستيفاء ايضا
يثبت بالتخلية وحرف [illegible] ان المرهون مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
عندنا [illegible] اخوان مرتهن [illegible] من كان له ان
يرجع عليه لان المامور صار مملوكا المال من الامر [illegible] عليه المال من له
الدين ويصير الامر مستقرضا منه ما ليه حاله في ضمن قضا الدين من
ماله والمقتضي عليه بعوض لدى المقتضي فكان له الرجوع اذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله رجل له على رجل الف درهم وعلى اخر مائة
دينار فقيمتها الف وخمسمائة فرهناه بذلك عبدا بينهما بجميع حقه عليهما
جاز ويكون كله رهنا بالدينين من غير التعرض لنصف دون نصف
لما ذكرنا فلو هلك العبد في يد المرتهن وقيمته الفان ففي المسئلة حكمان
حكم بين الراهنين والمرتهن وحكم بين الراهنين والمرتهن ان يسقط
من دين كل واحد منهما اربعة اخماسه لان المرهون مضمون بالاقل من
قيمته ومن الدين وقيمة العبد الفان والدين الفان وخمسمائة والالفان
من الالفين وخمسمائة اربعة اخماسه فيصير كل واحد منهما قاضيا
اربعة اخماس دينه فالذي عليه الدنانير صار قاضيا اربعة اخماس
ما عليه وذلك ثمانون دينارا فيرجع المرتهن عليه بعشرين دينارا
والذي عليه الدراهم صار قاضيا اربعة اخماس ما عليه وذلك ثمان
مائة درهم ويرجع المرتهن عليه بتمام حقه مائتي درهم واما الحكم بين
الراهنين ان الذي عليه الدنانير يرجع على صاحبه باربعمائة درهم
والذي عليه الدراهم يرجع على صاحبه باربعين دينارا لان الذي عليه الدراهم
صار قاضيا من دينه ثمانمائة درهم نصفها من ماله ونصفها من مال صاحبه
لان كل واحد منهما صار راهنا جميع العبد فصار قاضيا دينه من نصيبه
ونصيب صاحبه لانه لو جعل كل واحد منهما راهنا نصيبه بدينه خاصة
يكون رهن المشاع ولو ادى احدهما ما عليه من الدين يتمكن من استرداد نصيبه

وبقي نصيب الاخر مشاعًا لا يمكن ادامة الحبس فيه الا ترى انه لو رهن عبدًا كله بالف درهم نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة لا يجوز مع ان الراهن واحد والقابض المرتهن واحد فلان لا يجوز هاهنا اولى واذا صار قاضيًا نصف دينه من مال صاحبه كان لصاحبه ان يرجع عليه بذلك وذلك اربعمائة والذي عليه الدنانير صار قاضيًا من دينه ثمانين دينارًا نصفه من نصيب صاحبه وذلك اربعون دينارًا فيرجع عليه صاحبه بذلك ولا تقع المقاصة الا اذا تقاصا لان الجنس مختلف فاذا تقاصا صار اربعمائة درهم قصاصًا باربعمائة درهم من قيمة اربعين دينارًا وبقي الباقي الى تمام قيمة اربعين دينارًا وذلك مائتا درهم والذي عليه الدنانير قضى من دينه اربعين دينارًا وقيمته ستمائة واحد من صاحبه اربعمائة فيكون الف درهم وانه نصف العبد والذي عليه الدراهم احد من صاحبه اربعين دينارًا قيمته ستمائة وصار قاضيًا من دينه اربعمائة فيكون الف درهم وذلك قدر نصف العبد ولا يتاتى في المقاصة بيع الدين بالدين وانه لا يجوز لانا نقول لعدا في الصورة بيع الدين بالدين وفي المعنى بيع العين بالعين لان كل واحد من الدينين المقبوض حق صاحبه ولان المانع من بيع الدين بالدين النهي عن بيع الكالي بالكالي المعنى وهو استحقاق القبض بالعقد والافتراق قبل القبض يفوت القبض المستحق ولهذا لا يجوز الاستبدال به فيشترط قبض احدهما احترازًا عن الكالي بالكالي ويلزم منه اشتراط القبض في الاخر لان العقد وصلا على التسوية وفي حصوله خطر وانما يتحقق هذا في مبادلة موجبها استحقاق القبض وفي مبادلة الدين بالدين لا يستحق القبض الا ترى انه لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين جاز لانهما يسقطان ولا يستحق القبض رجل له على رجل الف درهم وعلى اخر الف درهم وخمسمائة وعلى اخر خمسمائة فرهنوا بجميع الدين عبدًا بينهم قيمته الفان فمات في يده هلك بالدين لما قلنا ان يرجع المرتهن على كل واحد منهم بما بقي عليه من الدين ورجع كل واحد منهم على صاحبه بما صار من دينه عاله اما الحكم بين الراهنين والمرتهن ان يقول كل واحد منهم صار قاضيًا ثلثي ما عليه من الدين حكمًا لهلاك الرهن لان الدين عليهم ثلاثة الف درهم وقيمة العبد الفان وهو ثلثا الدين

فالذي عليه الف وخمسمائة صار قاضيًا ثلثي ما عليه وذلك الف وبقي عليه خمسمائة ويرجع عليه المرتهن بذلك والذي عليه الالف صار قاضيًا ثلثي ما عليه وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وبقي عليه ثلثه وذلك ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث فيرجع عليه المرتهن بذلك والذي عليه خمسمائة صار قاضيًا ثلثي دينه وذلك ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث وبقي عليه ثلثه وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيرجع المرتهن عليه بذلك واما الحكم بين الراهنين ان كل واحد منهم صار قاضيًا ثلثي دينه بمال مشترك بينه وبين صاحبه ثلثه من نصيبه وثلثاه من نصيب صاحبيه والذي عليه الف وخمسمائة قضى من نصيبه وذلك ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث وذلك ثلثه اتساع الالف لان كل الف يجعل على تسعة يحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث لما يتبين واقل ذلك تسعة وثلثه من نصيب الذي عليه الالف وثلثه من نصيب الذي عليه خمسمائة والذي عليه الالف قضى من دينه ستمائة وستة وستين وثلثين ثلثه من نصيب نفسه وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان تسعان وذلك تسعا الالف وثلثه من نصيب الذي عليه الف وخمسمائة وثلثه من نصيب الذي عليه خمسمائة والذي عليه خمسمائة قضى من دينه الذي عليه ثلثمائة وثلثه وثلثين وثلث ثلثه من نصيبه وذلك مائة واحد عشر وتسع وثلثه من نصيب الذي عليه الالف وثلثه من نصيب الذي عليه الالف وخمسمائة فاذا صار ثلث الالف على ثلثة اسهم صار جميع الالف على تسعة اسهم هذا معنى ما قلنا انا نحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث ثم تقع المقاصة بينهم بقدر ما وجب لكل واحد منهم على صاحبه تقاصوا ولا لان الجنس متحد ويتراجعون بالفضل فنقول للذي عليه الالف وخمسمائة على الذي عليه الالف مائتان واثنان وعشرون درهمًا وتسعان درهم وذلك تسعا الف درهم فتقع المقاصة بين تسعي الالف وبسبعي الالف فبقي للذي عليه الالف على الذي عليه الف وخمسمائة تسع الالف وهو مائة واحد عشر درهمًا وتسع درهم فيرجع عليه بهذا القدر للذي عليه خمسمائة للذي عليه الف وخمسمائة ثلثمائة ثلثة وثلثون وثلث وهو ثلثه اتساع الالف

وللذي عليه الف وخمسمائة على الذي عليه خمسمائة تسع الالف وذلك مائة واحد
عشر وتسع فتوقف المقاصة بين التسع والتسع فيبقى الذي عليه خمسمائة
على الذي عليه الف وخمسمائة تسعا الالف فيرجع عليه بهذا القدر وللذي عليه
خمسمائة على الذي عليه الف مائتان واثنان وعشرون درهما وتسعا درهم
وذلك تسعا الالف وللذي عليه الف على الذي عليه خمسمائة تسع الالف
وذلك مائة واحد عشر وتسع فتوقعت المقاصة بين التسع والتسع فيبقى
التسع للذي عليه خمسمائة فيرجع بذلك عليه ثم كان في الحاصل حتى يحصل
لكل واحد ما [illegible] احد ستمائة وستة وثلثان اما الذي عليه الف وخمسمائة
سقط من دينه الف لكن غرم للذي الف مائة واحد عشر وتسع درهم وغرم
الذي عليه خمسمائة مائتين واثني عشر وتسعي درهم فبقي له ستمائة وستة
وستون وثلثا درهم وللذي عليه الالف فقضي من دينه ستمائة وستة
وستون وثلثي درهم واخذ من الذي عليه الالف والخمسمائة مائة واحد عشر
وتسعا لانه غرم مثله للذي عليه خمسمائة فكانه ما اخذ فسلم له ستمائة
وستة وستون وثلثان والذي عليه خمسمائة فقضي من دينه ثلثمائة وثلثين
وثلث اخذ من الذي عليه الف مائة واحد عشر درهما وتسع ومن الذي
عليه الف وخمسمائة مائتين واثني عشر درهما وتسعي درهم فاذا جمعت
هذه الثلثة كان له ستمائة وستون وثلثا درهم وهو قدر ما كان لكل واحد منهم
في العبد من الملك رجل له على رجل خمسون دينارا قيمتها خمسمائة وله على
اخر خمسمائة درهم ايضا فرهنا بذلك عبدا بينهما نصفان ثم مات في
يده بطل الدين كله ويرجع الذي عليه الدراهم على الذي كان عليه الدنانير
بخمسة وعشرين دينارا ويرجع الذي كان الدنانير على الذي كان عليه
الدراهم بمائتين وخمسين درهما اما الحكم بين الراهنين والمرتهن لان كل واحد
منهما صار موفيا جميع ما عليه من الدين لان بالعبد وفا بجميع الدين واما الحكم
بين الراهنين فالحال في الحال لان كل واحد منهما صار موفيا جميع دينه
نصفه من نصيبه ونصفه من نصيب صاحبه ويرجع بذلك على صاحبه

ولا تقع المقاصة الا بالتراضي لاختلاف الجنس رجلان رهنا رجلا عبدا
بالف درهم كل بنصف بخمسمائة فالرهن باطل في قول ابي يوسف رحمه الله وقولنا
وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع ممكن في العقد فكذلك فيما يلزم
من المسائل اذا رهن كل واحد منهم نصيبه بدينه في المبسوط واذا ارتهن
الرجل من الرجلين دارا بحق له عليهما فهو جائز لانه لا شيوع في الرهن عند
الشيوع في [illegible] الا ان الرهن [illegible] فان قضا احدهما نصف المال لم ياخذ شيئا من
الدار حتى يقضي صاحبه ما عليه لان جميع الرهن محبوس بكل جزء من الدين
وقد رضي بذلك حين اوجبا الرهن في جميعها صفقة واحدة واذا ارتهن
الرجل من الرجلين ارضا او دارا او لاحدهما اكثر من نصيبها وقبضها فهو جائز
لاتحاد الصفقة وثبوت حق المرتهن في حبس الكل واسقاط الشيوع عن المحل في
موجب الرهن واكثر ما في الباب ان ذمتهما شغلا فصاحب الكثير المعتبر نصيبه
من صاحبه ليس هذا بفساد وانه صحيح ولو كان المرتهن اثنين والراهن اثنين
فرهناهما دارا وجعلا للمرتهنين ثلثي الرهن لاحدهما بحقه والثلث
للاخر رهنا للاخر لم يجز ان كان الحق مستقرا او واحدا بينهما
ثلاث او نصفين من قبل انهما قد فصلا بعض الرهن من بعض معناه ان تفريق
التسمية فيما اوجبا لكل واحد منهما عن ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما في
جميعه او يوجب ذلك تفريق التسمية كما في البيع من رجلين تتفرق
الصفقة بتفرق التسمية فتمكن الشيوع في المحل فيما اوجباه لكل واحد منهما
وذلك مبطل للرهن ولو كان لاحدهما الف درهم وللاخر الفا درهم على حدة
فرهناهما الدار جميعا كان جائزا ولصاحب الالفين الثلثان وللاخر
الثلث بغير مقدار ما صار مضمونا بالدين الذي على كل واحد منهما اما حق
الحبس يثبت للمرتهن في الجميع لاتحاد الصفقة والشيوع في الضمان
لا يمنع صحة كما لو كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكذلك لو كان
جنس المال الذي مختلفا فاختلاف جنس المال لا يتفرق الصفقة اذا اتحد
الايجاب فان مات احد الراهنين فورثه الاخر فالرهن على حاله لان وارث

الميت لحلفه في ملكه بعد موته كان نصيبه مشغولا بدينه لحق المرتهن فلذلك
بعد موته واذا كان المرتهنان اثنين فاراد احدهما رد الرهن لم يكن له ذلك
حتى يجتمعا على الرد لان حق الحبس لكل واحد منهما ثابت في الجميع ولا ولاية لاحدهما
على الاخر في اسقاط حقه ولانه لو تمكن من رد نصيبه بطل به الرهن
في نصيب الاخر فان الشيوع الطارئ كالمقارن في ظاهر الرواية ورضاه
غير معتبر في الحاق الضرر بالغير وفي العيون رجلان لكل واحد منهما الف على رجل
فارتهنا منه ارضا بدينهما وقبضاها ثم قال احدهما ان المال الذي لنا
على فلان باطل والارض في ايدينا تلجئة قال ابو يوسف رحمه الله بطل الرهن
وقال محمد رحمه الله لا يبطل ويبرأ من حصته والرهن على حاله وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان الدينين وان اختلفا لكن الرهن بهما واحد فاذا
اعترف احدهما ببطلان الدين والرهن بطل الرهن اصلا ولا يبقى حق الاخر في
الرهن وجه قول محمد رحمه الله ان الدين مختلف والرهن انما يصح بهما واقراره
يصح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فيبطل حق المقر في الدين والرهن ويبقى حق
الاخر منهما على حاله والله اعلم بالصواب

باب من الرهن الذي يبطل ولا يكون خصما

اصل الباب ان المقبوض هنا على جهة الدين مضمون كالمقبوض على
حقيقة الدين لا على وجه الدين حقيقة او ظاهرا او امانة والاول على وجهين
(هامش: والمقبوض ...)
احدهما ان يقبض العين هنالك على دين ثم ظهر انه ليس عليه شيء لان الرهن
مضمون بنفسه وانما هو مضمون بما يقابله من الدين فاذا لم يقابله شيء من
الدين حقيقة او ظاهرا لا يكون مضمونا ولهذا لا يصح الرهن بالدرك وبما
يذوب له على فلان وبالجنايات الموجبة القصاص لما اذا قابله الدين حقيقة
او ظاهرا يكون مضمونا لوجود القبض على جهة الدين والثاني ان يقبض
الدين على ان يعوضه ولم ينفذ ذلك حتى هلك فيكون مضمونا لان المقبوض
بجهة الشيء ملحق بحقيقته كالمقبوض على سوم الشراء والقبض فيه ان يقبض مال
الغير بسبب لوجوب الضمان الا ان الاذن المالك به واذا اذن له بجهة كان

الاذن

الاذن عاملا فيما وراء تلك الجهة ولهذا لو اختلفا في جهة الاذن كان القول قول
المالك فمتى ثبت الضمان الا انه يقتصر على قدر ما سماه اما ظنا او جهة يقتضي الحقيقة
لانه قصد ان يكون مضمونا بذلك كانه موجود حقيقة ففي الوجه الاول
الراهن ملك المرهون سهوا او جنسا لا مطلقا بل يشترط العوض فلا يكون
راضيا بالتملك مجانا في الوجه الثاني لم يملكه ليشترط العوض فيكون مملكا
مجانا وهذا امر هينا وعند الشافعي رحمه الله المرهون امانة في يد المرتهن
ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وروي
عن علي رضي الله عنه انه يترادان الفضل في الرهن وفيه دليل ان المقبوض بحكم
الرهن مضمون وبيان هذا اللفظ اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك
عند المرتهن سقط دينه وان كانت قيمته خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة
اخرى لعوز ههنا وان كانت قيمته خمسة عشر رجع الراهن على المرتهن
بخمسة وهو مذهب علي رضي الله عنه وبه اخذ بعض الناس ولسنا ناخذ
بهذا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فانهما قالا انه مضمون
باقل من قيمته ومن الدين فاذا كانت القيمة اكثر فالمرتهن في الفضل امين وهكذا
روى محمد بن الحنفية رحمه الله عن علي رضي الله عنه ان المرتهن في الفضل امين
ويحتمل انه اراد بقوله يترادان الفضل انه اذا بيع الرهن باكثر من
الدين فالفضل للراهن وان بيع باقل رجع المرتهن على الراهن وحاصل الخلاف
بين العلماء رحمهم الله على ثلاثة اقاويل عندنا هو مضمون باقل من قيمته ومن
الدين وعند شريح رحمه الله هو مضمون بالدين قلت قيمته او كثرت
فانه قال الرهن بما فيه وان كان خاتما من حديد بمائة درهم وفاته البيع
فانه مضمون بالثمن وان قلت القيمة وفي احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه
يترادان الفضل وقول ابراهيم رحمه الله مثل مذهبنا هذا بيان الاختلاف
الذي كان بين المتقدمين رحمهم الله الى ان حدث الشافعي رحمه الله فقال وانه
انه امانة واستدل بحديث الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي
الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لصاحبه

عليهم وعليه غرمه وفي رواية الزهري حفورا لهنه الذي رهنه له غنمه وعليه
غرمه وزعموا ان معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين
فقد فسر ذلك بقوله الرهن من راهنه الذي رهنه اي من ضمان راهنه وقوله عليه
السلام له غنمه اذا ظهرت فيه زيادة كالولد ونحوه لا يدخل في الرهن وعليه غرمه
اي عليه هلاكه فالغرم عبارة عن الهلاك قال الله تعالى انا لمغرمون اي هالكة علينا
اموالنا ومعناه عليه غرم الدين والمعنى فيه وهو ان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه
لا يسقط الدين كما لا يسقط بهلاك الصك وموت الشهود وهذا لان
بعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو قلنا فانه يسقط الدين كان ضد ما
اقتضاه العقد لان الحق يصير به بعرض الهلاك والدليل عليه ان ما زاد على
قدر الدين امانة والعقد واحد والقبض في الكل واحد وما هو موجب العقد وهو
الحبس ثابت في الكل فلا يجوز ان يثبت حكم القبض في البعض دون البعض
ولان قبض اذن المالك فلا يوجب الضمان كالعقد لا اوجب له شيا وهو حق
الحبس فلا يوجب عليه شيا كالكفالة والدليل عليه ان الدين يتعلق على ملك
الراهن ولو كان قبضه قبض ضمان او لنفسه لا يرجع كالغاصب والمستعير
وعندكم اذا اشترى المرتهن المرهون من الراهن لا يصير قابضا بنفس الشرى
ولو كان مضمونا عليه لناب قبضه عن قبض الشرى كما في الغصب والمقبوض
بحكم الرهن الفاسد لا يكون مضمونا عندكم كرهن المشاع وغيره والفاسد
معتبر بالجائز في حكم الضمان ولهذا لا يجوز رهن المدبر وام الولد ولو كان
حكم الرهن ملك اليد والحبس يصح لانهما قابلين لهذا الحكم بخلاف البيع وليس
من ضرورة ثبوت حق الحبس الضمان كالمستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر
بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاخر كان المستاجر احق به من
سائر الغرماء ثم لم يكن مضمونا اذا هلك وكذا زوائد الغصب عندكم والدليل
عليه انه امانة ان النفقة على الراهن كالوديعة ولان ذمة الراهن
كانت مشغولة بالدين ولم يوجد سبب الفراغ فتبقى مشغولة وبيانه ان اسباب
الفراغ محصورة وهي الاستيفا والابرا والانفساخ بسبب ثبوت الحق ولم يوجد

شئ

شئ من ذلك اما الابرا والفسخ السبب فظاهر واما الاستيفا ففي حق ملك الرقبة
ظاهر ولهذا يثبت المطالبة والحبس وملك اليد لا يستوفى ولانه لو صار مستوفيا
اما ان يصير مستوفيا حال قيامه او بعد هلاكه لا وجه الى الاول لانه لاقى بل به
ملك الراهن قائم لا وجه الى الثاني لان الاستيفا من المعدوم محال عليه انه اعار
من الراهن او من اجنبي وهلك لا يسقط الدين مع بقا الرهن لهذا يملك استرداده
وحبسه فكان موجبه ما ذكرنا وهو حق البيع لان موجب العقد ما يثبت
بالعقد ويكون وسيلة الى مقصوده وما ذكرناه يثبت بالعقد وهو وسيلة
الى مقصوده لانه شرع وثيقة الدين وتاكيد الجانب الاستيفا واذا كان
له حق المطالبة بالبيع يطالبه ويتخلص عما لبيته فيصل الى ماله وحجتنا ما ذكرنا
من اجماع المتقدمين رضي الله عنهم فانهم اتفقوا عليه ثلاثة اقاويل اجماع منهم
على انه ليس قول رابع ثم يستدل بحديث عطا رحمه الله ان رجلا رهن
فرسا عند رجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك ولا يجوز ان يقال ذهب حقك في
الحبس لانه معلوم لا يشكل ولا يجوز ان يراد به ذهب حقك في المطالبة
برهن اخر لانه ما زال بهذا الحق ولانه ذكر الحق منكرا في اول الحديث
ثم اعاده معرفا بالاضافة اليه فيكون المراد بالمعروف ما هو المراد بالمنكر
قال الله تعالى كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون
الرسول وكقول القايل لو كان لي درهم فانفقت الدرهم ولانه ذكره على
سبيل التعميم لقول القايل له هلك مالي فوجب ان لا يبقى له قبله حق
الحبس ولا البيع ولا الدين وقال عليه السلام الرهن بما فيه ذهبت الرهان بما فيها
اي بما فيها من الدين ولا حجة له في قوله عليه السلام لا يغلق الرهن فان هذا
من اهل اللغة لا يفهم من هذا اللفظ نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي رحمه
الله ان اهل العلم من السلف رحمهم الله كطاوس وابراهيم وغيرهما اتفقوا
ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير مملوكا
للمرتهن لان الغلق هو الامتناع من الفكاك الا ترى الى قول زهير وفارقتك

برهنه لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا يعني احتبس قلب المحب
عند الحبيب على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان الهلاك والدليل عليه ما روي
عن الزهري رحمه الله انهم كانوا في الجاهلية يرهنون ويشترطون على الراهن ان
لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل النبي صلى الله عليه وسلم
ذلك بقوله لا يغلق الرهن وسئل سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن معنى
هذا اللفظ فقيل له اهو قول الرجل ان لم آتك بالدين وقت كذا فالرهن بيع بالدين
فقال نعم وقوله صلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه الذي رهنه يؤكد هذا
المعنى اي هو على ملك راهنه الذي رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط وكذا قوله
عليه السلام له غنمه وعليه غرمه يعني في حال بقائه هو مردود عليه لا يملك
عين عليه او ان في الدين فزاد الثمن فالزيادة وان نقص فالنقصان عليه وما
ذكرناه اصح مما ذكر لانه اضاف الغنم الى المرتهن اذ ادى عند هلاكه لا ينال
غنم لانه قضى دين نفسه وكان واجبا عليه من قبل وفي بعض الروايات
لصاحبه غنمه وتاويله ان المراد هو المرتهن لانه هو الذي يصحب الرهن
والمعنى فيه ان الرهن مقبوض للاستيفاء والمقبوض على وجه الشيء كالمقبوض
على حقيقته في حكم الضمان كالمقبوض على حكم الشراء والمقبوض بحقيقة
الاستيفاء مضمون على القابض بما استوفى فكذا المقبوض على جهة الاستيفاء
وبيان الوصف ان الرهن يعقد لاستيفاء الدين من عينه وماليته تختص بالذي
استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم الذي يقبل البيع في الدين ويختص بحق
يمكن استيفاؤه من الرهن وهو الدين حتى لا يجوز بالاعيان ولا بالعقوبات
وتحقيقه ما ذكرنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وبهذه اليد في حقيقة الاستيفاء
يثبت الملك والضمان فكذا فيها ايضا يثبت الضمان في عقد الرهن لتقرير ان
عند حقيقة الاستيفاء المستوفي يكون مضمونا على المستوفي له وعلى الموفي
مثل ذلك فيصير قصاصا به فكذلك اذا قبضه رهنا وصار مضمونا عليه بهذه
اليد فاذا هلك وجب على المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن فيصير
قصاصا في المقاصة آخر الدينين يكون قصاصا عن اولهما فيصير المرتهن مستوفيا

حقيقة

حقيقة ولهذا اثبت الضمان بقدر الدين وصفته لان الاستيفاء به يتحقق وكان
الراهن جعل مقدار الدين في وعاء وسلمه الى رب الدين ليستوفي حقه منه فعند هلاكه
في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه ولهذا كان الفضل امانة ولهذا جعلنا العين
امانة لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين فالاستيفاء بالعين يكون استبدالا لا
والمرتهن عندنا مستوف لا مستبدل وانما يتحقق الاستيفاء بحسب الحق والمجانسة
بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان امينا في العين والعين كالكيس
في حقيقة الاستيفاء وبهذا التقرير يصح الجواب عما قال لان معنى الصيانة انما يتحقق
اذا صار المرتهن بهلاك الرهن مستوفيا حقه وانما ينعدم ذلك اذا قلنا
يتوى دينه والاستيفاء الذي اثبتوا انه موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وفيه
معنى الصيانة ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء
ثم لا يخرج به من ان يكون وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب الدين
في ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل
وبه لا ينعدم معنى الوثيقة وكذلك المقصود بالعارية منفعة المستعير ومن
ضرورة حصول ملك المنفعة ان يكون مضمونا عليه فلا يخرج به من ان يكون العقد
محض منفعة وبه فارق ثبوت الشهود وهلاك الصك لان سقوط الدين عندنا
باعتبار ثبوت يد الاستيفاء اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذلك لا يوجد في الصك
والشهود وانما لا يصير قابضا بنفس الشراء لانه لا يد له على العين وانه امين فيه
وانما يرجع بالضمان عند الاستحقاق لاجل الغرور فالراهن هو المسلط بقبض
الرهن من حيث انه يصير موفيا دينه عند الهلاك فيصير المرتهن مغرورا
من جهته من هذا الوجه ولهذا يكون النفقة على الراهن بمنزلة المستاجر في يد
المستاجر ثم يد المستاجر بعد الفسخ ليست يد الاستيفاء لانها هي اليد
التي كانت قبل الفسخ وانما تثبت لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاعيان من
المالية فلهذا لا يصير مستوفيا بالهلاك في يده والمقبوض بحكم الرهن
الفاسد عندنا مضمون فان المسلم اذا ارتهن من ذمي خمرا او عصيرا فتخمر
في يده كان مضمونا عليه اذا هلك وهو رهن فاسد فاما الرهن بالحق

السائحة والمعيبة ولا عقد هناك فاشتد ولا حاجز الانعدام الدين ولذلك رهن
المشاع فقد قامت الدلالة لنا على ان دوام الاستيفاء التي هي موجب الرهن لا يثبت
في الجزء الشائع على ما ذكرنا وقد ذكرنا فيه اختلاف المتاخرين رحمهم الله
وانما لا يبطل بالاعارة والغصب لان حكم الرهن استحقاق اليد وانه قائم انما
الفائت صورة اليد وليست هي حكم العقد وهذا لان صورة اليد شرط صحة السبب
كالشهود في النكاح لانها فعل حسي والافعال جاز ان يكون شروطا للاسباب
اما لا يجوز ان يكون احكاما للاسباب فاشترطنا صورة اليد في الابتداء ليصح
السبب وحكم استحقاق اليد وانه وصف شرعي فجاز استحقاقه بالسبب ودوام
الشرط ليس بشرط لبقاء صحة السبب كما في حكمه ولو ان استحقاق البيع واحصاء
الثمن لا يبقى لو كان ذكرنا حكما ومقصودا فيكون كلاهما حكم العقد اذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله رجل ادعى على اخر الفا فانكر المدعى عليه
انه صالحه على خمسمائة درهم واعطاه بذلك رهنا يساوي خمسمائة فهلك في يد
المدعي ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء فعلى المرتهن خمسمائة للراهن لان المرتهن
اخذ الرهن بدين ثابت ظاهرا بدليل ان القاضي يجبر بعد الصلح قبل التصادق لحسن
على قضاء خمسمائة والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على المرتهن بالاقل من قيمته
ومن الدين كالمقبوض بدين ثابت حقيقة فاذا هلك عنده صار مستوفيا خمسمائة
حكما بهلاك الرهن ولو استوفى حقيقة ثم تصادقا ان لا دين عليه يجب رد ما
استوفى فكذلك هنا ولانه قبضه متملكا لان عقد الرهن عقد استيفاء والاستيفاء
لا يخلو عن التملك فيصير متملكا باطنا من الدين فهلك بذلك ولانه لو قبض
على سوم الرهن فهلك قبل ان يقبض القرض بذلك فهما او في ولم يذكر في
الكتاب انه هلك قبل التصادق او بعده واختلف مشايخنا رحمهم الله قال
بعضهم لا يضمن اذا تصادقا قبله بمنزلة الابراء وقال بعضهم يضمن لانه قبضه
متملكا فرق بين هذه المسالة وبين ما ذكر في الزيادات اذا رهن جارية تساوي
الفا بالف درهم ثم ولدت ولدا يساوي الفا وهلكت الجارية ثم زاد في الرهن عبدا
يساوي الفا جازت الزيادة ويكون الولد مع الزيادة رهنا بخمسمائة لقيام

المزيد

المزيد عليه وهو الولد لانه رهن كحالها فان هلكت الزيادة يهلك بما فيه
وان لم يهلك الزيادة ولكن هلك الولد فانه ياخذ الزيادة بغير شيء لانه لما هلك
لم يبق اصلا وظهر ان الام هلكت بجميع الدين وان الزيادة لم تصح فكان
له ان ياخذه بغير شيء وان لم تشترط الزيادة هلكت هلكت امانة وفي الرهن
المظنون اذا تصادقا بعد الهلاك يهلك مضمونا على الروايات الظاهرة
وروى بشر عن ابي يوسف رحمهما الله انه يهلك امانة وسوى بين المسالتين
وان تصادقا ثم هلك اختلف المشايخ رحمهم الله والفرق على ظاهر الرواية
ان في الرهن المظنون حين قبض الرهن كان القبض قبض ضمان بعقد مشروع
فاذا تصادقا ان لا دين لم يصح تصادقهما في حق الشرع الا ترى انه
لو نفسخا الرهن يبقى مضمونا اما في الزيادة حين قبض الزيادة قبضها
بعد ثبوت سقوط الدين لان موت الام سبب صالح لسقوط الدين
الا ان الولد مانع فاذا هلك زال المانع فظهر سقوط الدين من ذلك
الوقت فكان قبض الزيادة قبض مال الغير باذنه من غير دين فيكون
امانة رجل اودع الف درهم فادعى المودع الهلاك او الرد وجحد
صاحب المال ذلك فالقول قول المودع لانه امين فان صالحه صاحبه بعد
ذلك على خمسمائة درهم ورهنه بذلك رهنا عنده فضاع ثم تصادقا ان
الوديعة قد هلكت وان صاحبها قبضها فلا ضمان على المرتهن في قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله والرواية عنه
في الاجارات اذا ادعى الرد ثم صالحه على مال فالاجير عنده امين
كالمودع وعند محمد رحمه الله يضمن المرتهن خمسمائة وهذه المسالة تنبني
على جواز الصلح فعند محمد رحمه الله يجوز الصلح فوجب بدله فيكون هنا
بدين مضمون كما هنا فيكون مضمونا وان تصادقا انه لا دين وعند ابي يوسف
رحمه الله انه لا يجوز الصلح فلا يجب البدل فكان رهنا بدين معدوم
فيكون امانة وقد ذكر محمد رحمه الله عن هذا القول وكان قوله الاول وهو المذكور
في الجامع وكان مرخصا بعض هذا الكتاب لانه مذكور في المبسوط وفي

الحاصل هذه المسألة على اربعة اوجه احدها ان يدعي صاحبها الايداع وهو يجحد
والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك وهو ينكر ويسكت
ولم يدع الرد واقر بالوديعة وفي هذين الوجهين يجوز الصلح بالاتفاق
لان صاحبها يدعي عليه دينا بسبب لو اقر به يؤمر به فهذا صلح مع الانكار وذلك
صحيح عندنا والثالث اذا قال المودع رددتها او هلكت ولا يدعي صاحبها
عليه الاستهلاك ولكنه لا يدري فيما يقول او شاك او قال لا ادري وفيه
خلاف كما بينا وجه قول محمد رحمه الله ان صاحبها يدعي عليه الضمان
بالمنع بعد الطلب وذلك منه بمنزلة الغصب ولو ادعى غصبا على انسان
ثم صالحه على مال جاز الصلح بناء على زعم المدعي فهذا مثله ولان اليمين مستحقة
على المودع فهو بهذا الصلح يفدي يمينه بمال ورب المال ياخذ بدل حقه وذلك
صحيح عندنا ولان قول الامين مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في الزام الحق
الغير فيبقى واجبا بزعم المودع كاف لجواز الصلح الا ترى انه لو امر المودع
بدفع الوديعة الى غيره فادعى الدفع وانكر القابض كان القول قوله
في براءة نفسه عن الضمان لا في اثبات الدفع ولانه لما وافقه في الصلح
فقد رجع عن دعوى الضياع والوديعة مجهولة فصار مضمونة عليه
فيصح الصلح وابو يوسف رحمه الله يقول المودع امين مسلط يخرج
ما في يده عن دعوى الرد او الهلاك لان بائتمانه كونه امينا في قبول
قوله شهادة شرعا فصار ثبوت ذلك بقوله كثبوته بالبينة ولو ثبت
ذلك بالبينة لم يجز الصلح بعده وتوجه اليمين على المودع لنفي التهمة عنه
لان البراءة لا تبطل بعده وهذا لو مات قبل ان يحلف وقبل الصلح كانت
البراءة واذا ثبت حصول البراءة يخرج بهما لو ابرأ المغصوب
منه الغاصب عن المستهلك ثم صالحه على مال وانما يجوز الصلح فداء اليمين
الذي هو حق المدعي طلبا [illegible] توجه عليه المال بالدعوى بزعمه وهذه
اليمين ليست بتلك الصفة بل هي لنفي التهمة ولا يفتدي منها بمال كالمرأة
اذا اخبرت بانقضاء العدة فالقول قولها مع اليمين ولو صالحها الزوج

على

على مال لم يصح الا ترى ان هذه اليمين تسقط عنه بخلاف يمين المنكر في
الدعوى والخصومات فان وارثه يقوم مقامه في ذلك حتى يحلف على العلم ولان
المودع استوثق ولو اقر المودع بذلك ثم صالحه لم يجز الصلح والوجه
الرابع اذا قال المودع رددتها او هلكت وقال المودع استهلكتها فاصطلحا
بعد ذلك ففي قول ابي يوسف الاول رحمه الله وفي الجامع ويجوز في قوله
الاخر وهو قول محمد رحمه الله ولعلني ذكر في المبسوط لـ شيخ الائمة
الاسلام خواهر زاده رحمه الله والفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله وجه
قوله الاول ما ذكرنا ان البراءة تحصل له بقوله رددتها وقوله في ذلك
بمنزلة قول صاحبها والحكم الثابت بحجة لا يبطل بدعوى صاحبها الاستهلاك
فكان قبل هذه الدعوى لو صالح لم يجز الصلح فكذلك بعده وجه
قوله الآخر وان ثبت بحجة فصاحبها يدعي عليه شيئا اخر وهو الاستهلاك
فصار ذلك كدعوى مبتدأ عليه فيجوز ان يصالح على مال الا ترى ان اليمين
هنا على ما يدعيه صاحبها بخلاف الاول وهذا لان البراءة تثبت بقوله رددتها
لكونه امينا وذلك في حكم القبض بجهة الوديعة وفي الفصل الاول لا يدعي صاحبها
لوجوب الدين عليه شيئا اخر وهنا يدعي ذلك وقال بعض المشايخ رحمهم
الله رجوع ابي يوسف رحمه الله الى قول محمد رحمه الله في فصل الاستهلاك
رجوع في الفصل الاول ايضا والصحيح ان الرجوع في دعوى الاستهلاك
خاصة والفرق له على قوله الاول انه لما قال المودع رددت او ضاعت
ولم يكذبه صار كانه صدقه من وجه ولو صدقه لا يجوز اما هنا كذبه
صريحا فلو اعتبرنا قوله جاز الصلح ولو اعتبرنا قول الاخر لم يجز
والصلح متى دار بين الجواز والفساد حمل على الجواز وان حيل الطالب
ان يكون المستودع بالهذه المقالة قبل الصلح وادعى المستودع انه
قد قالها فالصلح جائز وهذا التفريع على قول ابي يوسف رحمه الله خاصة
اما عند محمد رحمه الله لا فائدة في هذا الاختلاف لانه يجوز الصلح قبل هذه
المقالة وبعدها وجه قول ابي يوسف ان اقدام المستودع على الصلح

طالبها التمام منه لكان المشتري صحيح ظاهرا فهو يريد بما ادعى بعد ذلك ان
يبطل ما اشتراه فلا يقبل قوله في ذلك كالمراة اذا اختلعت من زوجها بعد
الطلاق الرجعي ثم زعمت ان عدتها كانت قد انقضت قبل الخلع لا يقبل قولها
فان تام المودع منه بعد المقالة بري من الصلح وان لم يكن بينة فعلى الطالب
يمين لانه يدعي عليه وجوب رد المال عليه فهو كالمختلعة اذا اقامت البينة
على ان الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه يقبل لعدم التناقض في الدعوى
لعلنا ايضا شاع في بعض ما تم به فينبغي ان لا يقبل بينة ولا يحلف خصمه
اذا زعم انه كان باع العين من قبل ان يبيعه من هذا المشتري بخلاف
الخلع فهناك هي مناقضة في الدعوى ايضا الا ان البينة على الطلاق
مقبولة من غير دعوى قلنا هو غير مناقض في دعوته لان قبوله الصلح
لا يكون اقرارا منه بوجوب شي عليه ولكنه مدع خلاف ما يشهد
له الظاهر لان العقود محمولة على الصحة فلا يقبل قوله في ذلك الا بالبينة
وعند عدم البينة القول قول خصمه مع اليمين لكون الظاهر شاهدا
له وعامة المشايخ رحمهم الله لم يفرقوا بينهما اذا قال المالك استهلكتها
وقال المودع ضاعت او رددتها او قال المودع اولا ضاعت او رددت
ثم قال المودع لا بل استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال
القاضي الامام علي السغدي رحمه الله اذا قال المودع اولا استهلكتها
وقال المودع ضاعت او رددت يجوز الصلح في قولهم كذا قال الشيخ
الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله وينبغي ان يكون كما ذكر
لما ذكروا من العلة لابي يوسف رحمه الله في صورة الخلاف الا ان هذا
يخالف قول العامة رحمهم الله وقد نص في المنتقى على الخلاف في هذه
الصورة ايضا ولذلك المضاربة وكل مال اصله امانة ثم في كل موضع صح
الصلح صار الرهن مضمونا لوجوب الضمان ظاهرا وفي كل موضع لا يصح
لا يكون مضمونا رجل اشترى عبدا بالف درهم وقبضه واعطاه
بالثمن رهنا قيمته الف فهلك في يده ثم وجد العبد المبيع حرا او استحق

ضمن المرتهن الرهن لان الرهن حصل بدين ثابت ظاهرا الا ترى ان قبل ظهور
الحرية او الاستحقاق لو اختصما اجبر المشتري على ايفاء الثمن ولو حل الاستئجار
بعينه او ابتاعه باجر معلوم واعطاها بالاجر رهنا فضاع في يدها فلا ضمان
عليها لان الرهن حصل بدين غير ثابت اصلا لا في الظاهر ولا في الباطن
الا ترى انه لا يجبر القاضي على الايفاء بل يقبضه باذن المالك فيكون امانة وكذا
لو اشترى مسلم من مسلم خمرا او خنزيرا او ميتة او حرا لان الرهن حصل بدين
غير ثابت اصلا فلم يقابله دين مضمون فكان امانة ولو اشترى خلا بدراهم
واعطاه بالثمن رهنا فضاع في يده ثم علم انه كان خمرا ضمن المرتهن قيمته
الرهن لان الرهن حصل بدين ثابت ظاهرا وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بالثمن
رهنا فهلك ثم علم انها كانت ميتة او ذبيحة مجوسي ولو قتل عبدا رجل
خطا واعطاه بقيمته رهنا فضاع ثم علم انه كان حرا ضمن المرتهن
الاقل من قيمته ومن الرهن لانه حصل بدين ثابت ظاهرا وتجب الدية على العاقلة
القاتل وكذا لو استهلك شاة مذبوحة ثم علم انها كانت ميتة ولو لم يظهر
ذبحها ولا كونها ميتة لكن استحق او العبد حر او اخذ من المستهلك او القاتل
القيمة وقد ضاع الرهن في يد المرتهن رجع الراهن بالاقل من قيمة الرهن
وقيمة الذي استهلكه لما قلنا وهذا لانه لم يتبين ان الدين لم يكن واجبا
لكن تبين انه واجب لغير المرتهن وفي الموضع الذي تبين انه لم يكن واجبا لا يبطل
الرهن ولا يخرج به من ان يكون مضمونا ففي الموضع الذي تبين انه واجب
للغير اولى وفي المبسوط لو ارتهن عبدا بالف درهم لسان ثم تصادقا انه لم
يكن عليه شي وقد مات العبد فعلى الراهن ان يرد عليه الف درهم لان
عند هلاك الرهن كان الدين واجبا ظاهرا فيصير بهلاك المرهون مستوفيا
فكانه استوفاه حقيقة ثم تصادقا ان لا دين فيلزمه رد المستوفى وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا شي عليه لانهما تصادقا بتصور ولذا لو اخذ
منه على ان يقرضه الفا لان الدين الموعود بمنزلة الدين المستحق في انعقاد
ضمان الرهن به كما ان المقبوض على سوم الشرا كالمقبوض على حقيقته

المشتري في حكم الضمان فبهلاك الرهن يصير مستوفيا فيجعل في الحكم كانه استوفاه
حقيقة قبل ان رده وانما اورد هذا ايضاحا للاول فان يكون الدين واجبا ظاهرا
عند هلاك الرهن اقوى من الدين الموعود فاذا كان الرهن يهلك مضمونا
بالدين الموعود ففيما كان واجبا ظاهرا اولى واذا كفل رجل بنفس رجل واعطاه
رهنا بذلك وقبضه المرتهن لم يجز الرهن لان الكفالة بالنفس ليس بمال والرهن
يختص بحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن وما ليس بمال لا يمكن استيفاؤه
من مالية الرهن وكذلك الرهن بالجراحات التي فيها القصاص ولا يضمن
المرتهن ان هلك في يده بغير فعله لانه قبض باذن المالك ولم ينعقد
العقد بينهما اصلا لانعدام الدين فلا يثبت حكم الضمان وكذلك الرهن
بالشفعة والعارية والوديعة والاجارة وكل ما كان اصله امانة والرهن
بالاعيان على ثلاثة اوجه منها ان امانة لا يصح الرهن بها لان موجب
الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من عين اخرى غير ممكن
والثاني الرهن بالاعيان بعينها كالمبيع في يد البائع لا يجوز ايضا لما قلنا
وهذا لانه لا يجب بهلاكه حق على الضامن مستوفى من ملك بل ينفسخ
البيع ويسقط الثمن ضرورة بمنزلة غير المضمون والثالث الاعيان
المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب الغصب رد العين
ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكن استيفاؤه
من مالية الرهن ويجوز ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين
وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ويجوز الرهن بالاعيان
المتزوج عليها والمختلع بها والمصالح عليها عن دم العمد لانها مضمونة
بنفسها الا ترى لو هلكت يجب مثلها او قيمتها اما اذا تزوجها على
دراهم بعينها واعطاها بها رهنا لم يجز عندنا لانها لا تتعين عندنا بل
وجب المثل في الذمة فقد اخبر هنا بما ليس بمضمون وعند زفر
رحمه الله صح تعيين فيتم الرهن وان هلكت الاعيان قبل الرهن
فالرهن مضمون ومضمون بقيمة الاعيان لانه هو المضمون وان

هلاك الرهن يقع هلاكه بالاقل من قيمته ومن قيمة العين والرهن
بالدرك باطل لانه ليس بمال يمكن استيفاؤه من مالية الرهن بخلاف
الكفالة بالدرك لان الكفالة تقبل الاضافة ولهذا لو كفل بما ذاب له على
فلان يصح فكذا اذا كفل بالدرك يكون مضافا الى حال لحوق الدرك
فاما عقد الرهن لا يقبل الاضافة ولا يصح الا بدين واجب فلا يمكن تصحيحه
مضافا وليس في الحال ضمان مستحق فيبطل وهذا لان الرهن فيه معنى
المبادلة وتعليق المبادلة بالخطر باطل بخلاف الكفالة ولو هلك في يد
المرتهن لم يضمن لانه ضمان استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب
وفي العيون رجل قال لاخر اقرضني فقال لا الا برهن فاعطاه
رهنا ثم ضاع الرهن قبل ان يقرضه ولم يكن سمى ما يقرضه له
يعطيه ما شاء فان قال اعطيك قليلا قال محمد رحمه الله لا ينقص اقل
من درهم لانه مقبوض على سوم الرهن لا بتسميته في القرض فلا
يكون اعتبار قيمته اذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء لان الابهام
حاصل قبله ولا يصدق في اقل من درهم استحسانا لان العادة
لم يجروا باستقراض اقل من درهم والله اعلم بالصواب

باب الرهن الذي يضمن المرهون فيه قيمته او جميع الدين والاقرار على العبد بالبيع

الاصل في الباب ان الثابت للمرتهن في المرهون حق متاكد وهو ملك
اليد بجهة الاستيفاء على وجه ينقلب حقيقة استيفاء الثابت وهو
حالة الهلاك وللراهن الحال حقيقة الملك وكان المرهون بين
الراهن والمرتهن بمنزلة المبيع بين البائع والمشتري قبل القبض فان ملك
الرقبة للمشتري وملك اليد للبائع واذا كان ملك الرقبة ثابتا للبايع
ينفذ منه التصرفات المختصة بملك الرقبة لا التصرفات المختصة
بملك اليد اذا افاد التصرف ان لم يكن التصرف قابلا للنقض لا ينقض
كاعتاق احد الشريكين لكن يضمن المولى ان امكن ايجاب الضمان عليه
والا يسعى العبد كاعتاق احد الشريكين وان كان التصرف قابلا

للقبض الكتابة لان للمرتهن ان ينقضه كما في كتابة احد الشريكين العبد
المشترك وهو بمنزلة مال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث للورثة
حتى ينفذ حقيقة في ثاني الحال وللمريض حقيقة الملك واذا ثبت ان ملك الراهن
قائم في المرهون فاذا اعتقه نفذ اعتاقه فان كان موسرا يضمن قيمته
و يستوفيه المرتهن بدينه ان كان الدين حالا وان كان مؤجلا
يكون مرهونا عنده حتى يحل دينه ولا سعاية على العبد وان كان
معسرا سعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان المالية التي
هي حق المرتهن بها او تعلق بها حقه احتبست عنده وهو احد اقاويل
الشافعي رحمه الله الا في السعاية وفي قول لا ينفذ اعتاقه موسرا كان
او معسرا وفي قول ان كان موسرا ينفذ ويضمن قيمته وان كان معسرا
لا ينفذ وقال الاعتاق ازالة ملك اليمين بالقول فلا ينفذ من الراهن
في المرهون كالبيع والهبة والاجارة وهذا لان امتناع بيعه لمراعاة
حق المرتهن فان حقه اما البيع في الدين او استيفاء الدين من المالية على
اختلاف الاصلين وابطال هذا الحق عليه بالاعتاق اظهر منه بالبيع
والبيع اسرع نفوذا من الاعتاق ولهذا ينفذ بيع المكاتب والمأذون
ولا ينفذ عتقهما واذا لم ينفذ لمراعاة حق المرتهن فلان لا ينفذ العتق
اولى والدليل عليه ان المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل انه لو
اتلفه ضمن قيمته ولو جنى عليه يضمن الارش ولو وطئها وهي بكر
ضمن العقر ولو كان زائلا عن ملكه حقيقة لم ينفذ عتقه فكذلك
اذا كان زائلا عن ملكه والدليل عليه ان حق المرتهن في المرهون
اقوى من حق الغرماء في مال المريض بدليل ان هناك لا يمنع البيع
وهنا يمنع ثم حق الغرماء في العبد يمنع نفوذ عتق المريض اذا مات
من مرضه فحق المرتهن اولى ولان حق المرتهن باعتباره في مالية
وحق الغرماء موهوم ولا يلزم على ما ذكرنا اعتاق المستأجر واعتاق
المشتري قبل القبض واعتاق احد الشريكين فانه ينفذ وان يضمن

من ابطال حق الغير لان عصمة مال المسلم تمنع من ابطال ملكه وحقه بغير
قاعدة مستمرة فلو ترك في موضع كان ذلك انشاء الاعلى الكل ولا يختص احد
الخصمين بتخريجه ثم نقول في العبد المستأجر يبقى عقد الاجارة بعد الاعتاق
وله استخدامه وهذا لان الحرية لا تنافي ابتداء الاجارة ولا تنافي بقاءها بخلاف
الرهن واعتاق المشتري لا يصح لانه ابطال حق البائع في الحبس وان كان يصح
لعدم حق البائع واعتاق العبد المشترك يصح في نصيبه ويبقى نصيب الاخر
موقوفا فاما هو كما كان على احد القولين ان كان موسرا يصح ويضمن نصيب
الشريك وان كان معسرا لا يصح كما في هذه المسألة وعلى القول الاخر نقول
الراهن مالك حقيقة وهو كالزائل عن ملكه حكما لحق المرتهن فان كان اعتاقه
ابطال حق المرتهن لم ينفذ عتقه وان لم يكن فيه ابطال حقه ينفذ فاذا كان موسرا
فليس فيه ابطال حقه اصلا فلمراعاة حق العبد ينفذ العتق ولمراعاة حق
المرتهن وجب الضمان ترجيحا لاهون الضررين واذا كان معسرا لو نفذنا
العتق كان فيه ابطال حق المرتهن اصلا لان السعاية عندي لا تجب على العبد
والسعاية في ذمة مفلس متأوية فاذا كان في كل جانب ضرب الابطال رجحنا
جانب المرتهن لان حقه اسبق وهو نظير مذهبه في اعتاق احد الشريكين فانه
لا يعتق اذا كان المعتق موسرا لامكان ايجاب الضمان عليه واذا كان معسرا
يستدام الرق فيما بقي مراعاة لحق الساكت ولنا انه مخاطب اعتق
ملك نفسه فلا يلغو كالمشتري اذا اعتق قبل القبض والاخر اذا اعتق المستأجر
والمولى اذا اعتق المأذون المديون وبيان الوصف ان موجب عقد الرهن اما
ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما قلنا او حق البيع كما هو مذهبه وشيء من
ذلك لا يزيل ملك اليمين فتبقى العين على ملكه كما كان والدليل عليه
وجوب المؤنة والنفقة والكفن على الراهن ولو قتل خطأ كانت القيمة له ثم
حق المرتهن انما يثبت في المالية والاعتاق تصرف في الرق بالازالة والرق غير
المالية الا ترى انه يثبت صفة الرق بدون المالية في الحربي وفي ام الولد والمالية
تنفصل عن الرق في غير بني ادم ولهذا لو حلف بعتق عبيده ان دخل الدار ثم باعه

ثم اشتراه ثم دخل ونقض البيع بعد البيع لبقاء الرق وان زال الملك في المالية عنه
والاعتاق يصرف في الرق ولا حق للمرتهن فيه فلا بد من نفوذه باعتبار انه
صادف محلا هو خالص حق الراهن الا ان المالية المشغولة بحق المرتهن
تلف بهذا التصرف وقوام ملك المالية كان ببقاء الرق ولهذا لو قتل المرهون
ابن الراهن يقتل قصاصا ولو اقر على نفسه بالقصاص يقبل الا انه يصير
ضامنا صيانة لحقه كما في العبد المشترك ولهذا نفذ العتق في المبيع قبل
القبض وانه في معنى المرهون لانه محبوس الا ان الحبس ثمة في العين والمالية
دون الرق وبعد تمام البيع فانه ملك العين بصفة المالية وهو مشغول
بحق المرتهن فقيام حقه يمنع نفوذ بيعه كما ان حق الحبس للبائع يمنع نفوذ
بيعه كما ان من المشتري وهذا لان البيع كما يستدعي القدرة على التسليم
ولهذا لا ينفذ في الآبق والمغصوب والجنين والهواء فكذلك في المرهون للعجز
عن التسليم بخلاف الاعتاق ثم صحة نفوذ البيع يعتمد تمام الرضى ولهذا
لا ينفذ مع الهزل وشرط الخيار والكره فكذلك مع عدم الرضى من صاحب
الحق اما العتق لا يعتمد نفوذه تمام الرضى حتى ينفذ مع الهزل وشرط الخيار
فاذا كان عدم الرضى من صاحب الملك لا يمنع نفوذه فمن صاحب الحق اولى
ولان البيع يرد برد من ينتفع به وهو المشتري فيرد برد من يتضرر به
وهو المرتهن والعتق لا يرد برد من ينتفع به وهو العبد فكذلك لا يرد
برد من يتضرر به وحق المريض عند الابطال لحق الغرماء لكن يخرج الى الحرية
بالسعاية فههنا ايضا يجب ان لا يبطل الا ان هناك هو بمنزلة المكاتب ما دام
يسعى وهنا يكون حرا لان العتق في المرض وصية والوصية تتأخر
عن الدين الا ان العتق لا يمكن رده فتجب السعاية في قيمته لرد الوصية
وبهذا تبين ان الواجب عليه بدل الرقبة ولا يسلم له المبدل فالمريض والبدل
وهنا السعاية على العبد ليس في بدل رقبته بل في الدين الذي في ذمة الراهن
لان حق المرتهن في ذلك فوجوب السعاية عليه لا يكون في ابقاء من نفوذ
عتقه في الحال ولهذا لو ايسر الراهن رجع عليه بما ادى وهناك لا يرجع

على احد ولا يعتق لما قال ان المرهون في حكم الزائل عن ملك الراهن لان بعقد
الرهن لا يزيل الملك في الحال ولا في الثاني ووجوب الضمان لا يدل الا على ان ماليته مشغولة
بحق الغير وهذا لان وجوب الضمان انما يدل على عدم الملك ان لو خرج عن ملكه
وهنا لم يخرج بل يكون هنا كالاول لهذا وجب جميع القيمة وان لم يكن
الملك ثابتا للمرتهن من كل وجه فعلم ان وجوبه لقيام مقام الاول فان قيل
لا يمكنه الانتفاع به قلنا انتفاء الاعتاق لا يعتمد ولاية الانتفاع على انه
انما لا يتمكن من الانتفاع به لانه عجز من جهة الانتفاع وهو لكونه مرهونا
فلا يقدر على التصرف من تلك الجهة اي من الا بالاسترجاع وعلى هذا سائر
الاملاك اذا اشغل بجهة لا يمكنه الانتفاع بجهة اخرى الا بالاسترجاع
وترك الاول الا ان هنا هذه الجهة لانه لانه تعلق بها حق الغير اما
هو في نفسه منتفع به اقصى ما في الباب ان للمرتهن فيها حقيقة
الملك فكونه ملك الشريكين لا يمنع حق الشريك الآخر ولان مراعاة الحقيقة
اولى من مراعاة الحق اذا كان متأخرا ولان ابطال العتق ابطال اثر الحقيقة
لا الى بدل والفساد ابطال اثر الحق والحقيقة الى بدل وهو الضمان وابطال
الحقيقة لا الى بدل فوق ابطاله الى بدل دل عليه العبد الموصى بخدمته اذا
اعتقه الورثة ينفذ عتقهم ويضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يخدم
الموصى له بخدمته فاعتبرنا اثر الحقيقة في النفاذ واثر الحق
في الضمان عملا بهما ولان في العتق حق الشرع وحق العبد فتتعين رعايته
والحق دون الرهن حق المرتهن فتتعين رعاية حق واحد ورعاية الحقين
اولى وبهذا الطريق ينفذ اعتاق المديون وما ذكرنا من المسائل لا يلزم على
ما ذكرنا اعتاق الوارث في التركة المستغرقة بالدين لانه لا ملك له عندنا
اذا عرفنا هذا قال ________ محمد رحمه الله رجل رهن رجلا عبدا قيمته الف
بالف فنقص سعره وصارت قيمته اي خمسمائة لا يسقط شيء من الدين عندنا
خلافا لزفر رحمه الله وقد ذكرنا فان اعتقه الراهن بعد ذلك فانه ان كان
موسرا يضمن قيمته ويكون رهنا مكان العبد وان كان معسرا سعى العبد

للمرتهن في قيمته يوم اعتقه ويرجع بها على المولى اذا ايسر ويرجع المرتهن على
المولى بما بقي من دينه وهو ما فضل من قيمته وان كان المولى موسرا حين اعتق
ثم صار معسرا قبل اداء الضمان لا شيء على لان العبد لان الاعتاق لم ينعقد موجبا
الضمان على العبد وقت وجوده ولا يجب بعد ذلك الا لو قتل العبد عن المولى
بامر او كفل المولى عنه بامره وادى بعد العتق ما سعا به العبد في قيمته
يوم اعتقه لان الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر ينظر الى الثلثة اشيا
الى قيمته يوم العتق والى ما كان العبد مضمونا به والى ما كان محبوسا به فاي
الاشيا الثلثة اقل يسعى في ذلك اما اذا كانت قيمته اقل صورة المسئله
هذه وانما يسعى في الاقل لانه احتبس بالعتق عند العبد من حق المرتهن
لهذا القدر فيسعى فيه لا غير وهذا لان للمرتهن حق استيفاء الدين من ماليته
اذا قدر عليه فلما تحول عن اصله لمكان العتق اخذ قيمته يوم العتق وهذا لانه
لا يكون اسوء حالا من الغاصب ولو غصبه انسان في هذه الحالة وهلك
في يده لا يضمن الا قيمته الا ترى ان الراهن لو وهبه من رجل وسلمه
اليه فاستهلكه الموهوب له او هلك في يده يغرم قيمته الا ان الموهوب
له يغرم قيمته يوم قبضه موسرا كان الراهن او معسرا الا ان العبد
وصل اليه بفعله فلا يختلف بين اليسار والاعسار اما هنا العبد وصلت
اليه نفسه بغير فعله فصار كالاعتاق التركة الا انه يسعى العبد
في الاحوال كلها لانه لم يزل العتق عنه قائما يسعى لمزول العتق
ولهذا كان عبدا في حالة السعاية اما هنا نزل العتق وانما يسعى في قدر ما
احتبس عنده من ماليته فان قيل لو ضمن العبد جانبه فلم يجب
عليه الضمان قلنا الواجب ضمان الاحتباس لان المنفعة حصل له وهو
وصول رقبته اليه وحريته كالثوب اذا هبت به الريح والقته في صبغ
صباغ وكما لو ادخل دجاجا على اهل طعام رجل واكله وجب الضمان على الآكل
وان كان مكرها لان المنفعة حصلت له فصار ذلك الضمان ضمان تبدل
واما اذا كان المضمون اقل فصورتها اذا رهن عبدا قيمته الفا بالفي درهم

ثم اعتقه الراهن وهو معسر يسعى في الالف قدر قيمته يوم الرهن وان
كانت قيمته يوم الاعتاق الفين محبوسا بالدين فان قال ابو الحسن اي
ان نقص الالفين انما كان لا بالسعاية انما الدينة لانه احتبس عنده
بسبب العتق حق المرتهن حتى اسقط حقيقة في الثاني عند الهلاك لانه
بهذا الاعتبار يصير العبد كالمشترك بينه وبين الراهن اذ قيمة العبد هنا
ضعف حق المرتهن وانما سقط حقيقة في الثاني بقدر ما كان مضمونا بالدين
وهو قدر الف واما اذا كان ما هو المحبوس يوم العتاق اقل من المضمون
ومن قيمته صورته واذا رهن عبدا بالف قيمته الف وادى الراهن خمسمائة
ثم اعتقه وهو معسر سعى العبد في مائة وان كانت قيمته الفا ومضمون
بالف حتى لو هلك بهلك سقط الرهن بسعايه وانما كان كذلك لان للراهن
ولاية الافتكاك باداء المال فكان العبد حالة الاعتاق مضمونا بما يحبس
الاعسار ولا يزاد على قيمته لانه يحتبس عنده الا من قيمته ولا يزاد
على الدين لان الضمان لاجل الدين ولا ضرورة في الزيادة وان كانت محبوسه
لانه انما يسعى لكون ماليته مشغولة بحق يضاهي الملك وذلك فعل يصير به
مستوفيا حتى يصير كالملك اياه وهذا المعنى انما يتحقق انما هو مضمون
لا فيما هو امانة ولا يزاد على قيمته يوم الرهن لان العبد لو هلك يهلك
بالالف فلا يزاد عليه اذا ثبت هذا فنقول في مسئلتنا قيمة العبد اقل
الاشيا الثلثة فان قيمته خمسمائة وهو مضمون بالف ومحبوس بالف
فيسعى في قيمته فرق بين هذا وبين المولى اذا اعتق العبد المديون فانه
يسعى في جميع الدين والفرق هو ان قدر القيمة في العبد المديون وجب
بسبب ما احتبس عنده من حق الغرماء والزيادة على ذلك لان الدين
عليه وهنا الدين على الراهن وانما يضمن لان محل الاستيفاء صار مقصورا
اليه فيسعى في قدر ما صرف اليه لا في الزيادة ولان هناك الدين حقيقة
ويدل داداه عليه الوجوب بالعتق فلا معنى لسقوطه عنه وهنا الدين
على المولى حقيقة لكن يلزمه ما تعلق به حق الغير ولهذا لا يرجع عنه لانه

ادى دينا واجبا عليه وهنا يرجع لانه ادى دين الراهن من خالص ملكه لانه انما سعى
بعد العتق فكان لسيدله وهو مجبر على اتعاقه فكان له الرجوع عليه اذا لم
يسلم له العوض وهنا لم يسلم ولانه اعا لزمه بسبب باشره المولى كالماسور
من قبله دون ـــــ من هذا وهنا العبد المشترك اذا سعى للساكت
حيث لا يرجع على المعتق لانه سلم له العوض اما عند ابى حنيفة فلان نصيب
الساكت لم يعتق وهو السعايه بمنع نصيبه منه فانه فاته نقد
استفاد في مقابلته شيئا يجوز مقابلته بالمال فقد ملك العبد السعايه
نصيب الساكت اما هنا السابق مجرد عندهما ان لم يكن نصيب المزلك
على ملكه ولكن الشرع انما حكم بالتعدى الى نصيب الشريك لتكميل
العتق بطريق يكون تبع ذلك راجعا الى العبد ولم يوجد من المعتق مباشرة
العتق في نصيبه فاستقام ايجاب الضمان عليه بطريق الاصالة وهنا
لا يسعى لتكميل العتق وانما يسعى لاحتباس ماليته عنه الا ترى انه عبد
رده معنى ذلك يتعلق الغير عن ماليته ونفى اعتاق المولى من خالص ملكه وقصد
هذا ان لا يجب شيء على العبد الا انه وقع فيه بطريق الضرورة متحملا عن
الغير فرجع عليه ولان المعتق ملك نصيب الساكت ملكا لا قرار له لانه
ملكه ولم يعتق عنه والذى لا قرار له نعتبره ثابتا من وجه في حق بعض
الاحكام ولا نعتبره ثابتا من وجه في حق بعض الاحكام كالملك الثابت
للوكيل بالشرى فانه ثابت في حق حقوق العقد غير ثابت في حق احكام
اخر حتى لا يعتق عليه ولا يفسد النكاح فكذلك هنا لجعل الملك للمعتق
ثابتا على ملك الساكت في حق بعض الاحكام ثم ينتقل الى العبد بالسعايه
واما رجوع المرتهن على المولى بخمسمايه لان نقصان السعر مستوفيا
وقد وصل اليه من العبد خمسمايه فيرجع على الراهن بخمسمايه اخرى بخلاف
ما اذا هلك العبد في يده بعد ما تغير سعره فانه يسقط كل الدين لان ثمه
هلك في ضمان المرتهن فصار بجميع مستوفيا دينه بالقبض السابق واعتبرت
قيمته يوم القبض لان المعتبر قيمته يوم دخل في ضمانه ولهذا الرهن عبدا قيمته

الف

الفا بالف وقبضه ثم اعاره من الراهن ثم استرده منه وقيمته خمسمايه فهلك يهلك
بالف لانه صار مضمونا بالقبض الاول فيعتبر قيمته يومئذ وهنا بالاعتاق
صار كالفائت في ضمان الراهن الا ترى انه صار مستردا معنى كما يصير قابضا
باعتاق المبيع قبل القبض ومستردا باعتاق المغصوب ولو اشترى وحقيقته
البيع انه لا يتحقق معنى الاستيفاء بالتقدم من القبض وكذى اذا صار مستردا
معنى فلهذا يستوفي جميع دينه بعضه من العبد وبعضه من الراهن المشترى
اذا اعتق العبد المشترى قبل نقد الثمن قبل القبض وهو معسر فليس للبائع ان
يستسعي العبد في شيء رجع ابو يوسف رحمه الله عن هذا وقال له ان يستسعي
العبد في الاقل من قيمته ومن الثمن ذكره هشام رحمه الله في نوادره وجعله
قياس المرهون فان له حق الحبس ويتقدم على الغرماء كالمرتهن وجه
الفرق على ظاهر الرواية ان بعقد ثبت للمرتهن حق الاستيفاء من ماليه الرهن
وتلك الماليه احتبست عند الاعتاق فكان له استسعاؤه لما تعذر عليه الوصول
الى حقه لعسرته فاما البائع ما كان له حق استيفاء الثمن من ماليه المبيع
بل كان له ملك العين واليد واذا ملك العين بالبيع وبقي له اليد الى
ان يصل اليه الثمن وبالاعتاق فات ملك وتجرد اليد غير متقوم على العبد
فلا يستسعيه لاجل ذلك ولان البيع لا يوجب الحبس للبائع مقصودا
بالبيع غير الحبس يضعف معنى الحبس من حيث انه غير مقصود فلم يوجب
السعايه بخلاف الرهن لانه اوجب الحبس مقصودا فكان يتعلق المرتهن
بنفسه اقوى الا ترى ان حق البائع يبطل باعارته من المشترى قبل قبض
المرتهن لا يبطل ويعود بتصرف المشترى فتسليط البائع اياه على ذلك فيمتنع
هذا التسليط ثبوت حقه في الاستسعاء بخلاف تصرف الراهن كل
الراهن لا يلزم له حق الاستيفاء من الماليه والعتق يبطل هذا الا للسؤال
ولو رهن عبدا قيمته الف بالف درهم فقتل عبد قيمته مايه ودفع به فهو رهن
بجميع الدين لانه قام مقام الاول لحما ودما كان الاول قايم ويراجع
سعره الى مايه فلا يسقط شيء من الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد ذكرنا

فان اعتقه الراهن وهو معسر سعى في قيمته مائة ويرجع بها على المولى ويرجع المرتهن
على الراهن بالسعاية لما قلنا انما سعى بقدر ما يسلم له من المالية المشغولة له
بقدر الدين المتعلق به حق الغير وقد سلم له هذا القدر وهذا لما ذكرنا انه
ينظر الى قيمة المقتول يوم الرهن والى قيمة القاتل يوم الاعتاق والى الدين
فيسعى في الاقل ولو قتل عبدا قيمته الفان ودفع به واعتقه الراهن وهو
معسر فانه يسعى في الف لان الاول قائم وازدادت قيمته لما ذكرنا وكذا
لو كانت قيمة العبد يوم رهنه الفا ورهنه بالفي درهم فازدادت قيمته من بدن
او سعر حتى صار يساوي الفي درهم لا يسعى الا بالفين لانه لو لم يرد لا يتعلق
الا بجميع الدين ولو هلك في يد المرتهن هلك بالف وهو قيمته يوم القبض لانه يصير
مضمونا والزيادة الحادثة غير معتبرة لانه لم يرد عليها العقد ولا يصير مقصودة
بالقبض فكان وجودها وعدمها بمنزلة ولو اعتقه وهو معسر سعى في الف لما ذكرنا
ان الزيادة غير معتبرة ولان الذي صار مضمونا هو الالف لانه اقل الاشياء
الثلاثة ولو لم يرد قيمته ولكن كانت جارية فولدت ولدا يساوي الفا فاعتقها
المولى وهو معسر سعت في الالف لا غير ورجعت بذلك على المولى بذلك على
المولى ورجع صاحب الدين على المولى بما بقي من الدين لان الراهن لما اعتقها
صار قابضا للولد حكما كالمشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض فانقسم
الدين عليهما نصفين لان قيمة الولد يوم الفكاك وقيمة الام يوم العقد
سواء فصار كل واحد منهما مضمونا بنصف الدين او نصف كل واحد
منهما مضمون بنصفه اما انه يجب على كل واحد منهما السعاية في قدر
ما كان مضمونا منها لان ذلك اقل ولو لم يرد ولو لم تلد ولكن قتلها عبد
يساوي الفين فدفع بها ثم اعتقه الراهن وهو معسر سعى في الالف لان
المدفوع قائم مقام الجارية وهي تسعى في الاقل وهو الالف فكان الجواب
فيه كالجواب فيما اذا كانت قائمة وازدادت [illegible] رجل
رهن عند رجل عبدا يساوي الفا بالفين فازدادت قيمته حتى بلغت
الفين ثم دبره مولاه وهو معسر صح التدبير بالاتفاق اما عندنا فلان

التدبير

التدبير يوجب حق العتق له واذا كان لا يمنع حقيقة العتق بحق المرتهن فحق
العتق اولى واما عند الشافعي رحمه الله فلان التدبير لا يمنع البيع فلا يكون
مبطلا لحق المرتهن ويسعى المدبر في جميع قيمته ولا يرجع على المولى اما السعاية
فلان [illegible] المولى بعتق ولو ثبتت حقيقة الحرية
مع اعسار المولى يسعى لحق المرتهن فكيف هذا واما السعاية في جميع الدين
بخلاف العتق من التدبير والاعتاق في ثلث مواضع احدها ان المدبر يسعى
مع يسار المولى لان اكسابه على ملكه فجاز لصاحب الدين ان يستوفي
كما يستوفي من سائر اموال الراهن بخلاف الاعتاق لان كسبه
خالص حقه والثاني انه يسعى في الدين بالغا ما بلغ لان كسبه ملك المولى
فامكن ايفاء جميع الدين من كسبه لان دين الانسان اذا قضي من ماله لم ينقض
بعضه ولهذا لو كانت قيمته اقل من الدين يسعى في جميع الالفين وهذا
لانه لو قدر على رد المدبر يجب رده الى الراهن فاذا عجز عن رده وجب
رد كسبه لان كسبه قائم مقامه كما ان المكاتب اذا مات يقوم كسبه
مقامه في بقاء الكتابة وثبوت الحرية بخلاف المعتق لان كسبه ملكه
واما الرقبة السعاية في قدر ما سلم له والثالث ان المدبر لا يرجع على المولى
والمعتق يرجع لما ذكرنا ان كسب المدبر ملك المولى وقد قضى دينه
من ماله ولانه مملوكه ولا يجب للمالك على مملوكه دين والمعتق على ما ذكرنا
وعلى قول الراهن اذا دبر المرهون واستولد المرهونة سعيا في جميع
الدين ان كان حالا وان كان الراهن [illegible] في يد المرتهن وهذا
المعنى يتحقق بقدر القيمة ثم اذا حل الاجل اخذ بقية دينه اما اذا كان
حالا فلانه واجب فلم يختص القضاء من مال الراهن ببعض دون
بعض وان اعتقه بعد ذلك فالسعاية عليه على حالها الا ان ما وجبت عليه
السعاية من الالفين يعطيه للسيد صار الالفان دينا في الذمة وكل دين
وجب في ذمة العبد يتعلق برقبته اذا كان عبدا [illegible] برقبته وفيما
اذا اعتق سلم له رقبته فصار عبدا سلم له رقبته التي تعلق بها الدين

يسعى في قيمته بطل الرهن وقد سلم له هنا وفيه تعلق بها الفان فيسعى في
الالفين وهذا لان الدين امر تعلق برقبته وكسبه جميعا فاستقام ان يتعلق
بكمال رقبته وكسبه كما لو اقر المولى بدين فانه يلزمه ان يسعى فيه بالغا ما بلغ عليه
لانه اقرار صح مطلقا عن تقيد بالقيمة لانه صح باعتبار مالية وكسبه
وذلك غير محصور فكانه اقر على نفسه بعتق لانه يلزمه برقبته وكسبه
وكلاهما ملكه وفي الاعتاق المعلق بالرقبة حيث من غير ان يتعدى الى الكساب
فلهذا يسعى بقدر المعلق ولو لم يرد قيمته حتى جره سعى في الالفين ايضا
لما قلنا فان اعتقه بعد التدبير وقد قضي عليه بالسعاية في الدين او لم يقض
فكان اعتقه قبل التدبير ولا يلزمه السعاية الا في مقدار قيمته يوم اعتقه
لانه انتقل عليه يوم ولا يتعلق له برقبته الا بقدر قيمته وكسبه خالص
حقه فلا يلزمه السعاية الا في الاقل من الاشياء الثلثة لانه لم يحتبس عنه الا الف
درهم وصار كانه اعتقه ابتداء الا انه يخالف الاعتاق من وجه وهو ان
ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى وما سعى بعده يرجع لما ذكرنا فان
ازدادت قيمته بعد التدبير وبلغت الفين ثم اعتقه سعى في الالفين لانه
وجب السعاية في الالفين بعلة الكسب فصار الالفان دينا في ذمته لكن
لم يتعلق برقبته الا قدر الف لانه ليس في رقبته وفاء بالالفين فاذا صار في رقبته
وفاء بالالفين تعلق الالفان فاذا تعلق وسلم له مثل هذه الرقبة ليسعى في قيمته
حتى سعى في الالف وبقيت الف ثم اعتقه سعى في قيمته لانه وجبت في ذمته
الالفان لكن تعلق بالرقبة الف فاذا سعى في الالف تعلق الالف الباقي برقبته
فاذا اعتقه وسلم له هذه الرقبة سعى في قيمة الرقبة وان كان الالف يستوفى
من مال المولى لهذا لا يرجع به على المولى وبالاعتاق احتبس عنه مالية
فيسعى فيه ويرجع به على المولى وهذا لان المعلق ظاهر لقدر ما تفي بمنزلة
ما لو اقر عليه بالفي درهم وسعى في الف ثم اعتق يسعى فيما بقي بالاقرار ما يحصل
فيه شيئا لانه انتساب سبب وجوب الدين عليه وللمولى عليه هذه الولاية
باعتبار انه يملك في حق نفسه لما ذكرنا وانما يصير ملاقيا حق العبد يوم

العتق

العتق فلا يؤخذ بما يزيد على قيمته ويؤخذ بقدر قيمته ذكر في شرح الكرخي رحمه
الله وما ذكر من السعاية لا خلاف فيه اذا كان الدين معلوما فاما اذا قال المولى
لعبد قد رهنتك عند فلان بالف وكذبه العبد ثم اعتقه وهو معسر لزم العبد
السعاية عند ابي حنيفة وقال زفر رحمه الله لا سعاية عليه لانه لا يملك ايجاب الضمان
على العبد بقوله بعد الحرية كما لو اقر بعد العتق ولنا انه اقر بتعلق الدين
برقبته في حال ملكه الرقبة وملك تعلق الدين بها بالاقرار فلا يلتفت الى
تكذيب العبد وصار كالدين المعلوم بخلاف ما لو اعتقه ثم اقر لانه اقر عليه لا يملك
بنفسه ولا ملك تعليق الدين بها فلم ينفذ اقراره وفي المبسوط اذا رهن
الرجل امة بالف درهم وقيمتها خمسمائة ثم قبضها ثم كاتبها فللمرتهن ان يبطل الكتابة
لان الكتابة تحتمل الفسخ وفي نفوذها اضرار بالمرتهن فكان له ان يفسخ
كما يفسخ بيع الراهن وكما يفسخ احد الشريكين كتابة شريكه ولو لم
يبطلها ولكن دبرها فسعت في خمسمائة ثم ماتت وقد ولدت ابنا وكسب
خمسمائة فعلى الولد ان يسعى في خمسمائة لان الباقي من الدين هذا القدر وولدها
بمنزلتها مدبر الراهن وهو احق بكسبها فكما كان على الام السعاية بحق
المرتهن فكذا على ولدها فان سعت البنت في مائة درهم وولدت ابنا ثم ماتت
الام الاولى وقيمة الاولى والسفلى سواء فعلى السفلى ان تسعى فيما بقي كله
لانها كالاولى مدبرة الراهن وهو احق بكسبها والسفلى جزء من الاولى
فبقاؤها كبقاء الاولى ولو كانت المستسعاة ولزمها من السعاية ما يلزم الاولى
ولو رهن امتين بالف وقيمة كل واحدة منهما الف ثم دبرهما ثم ماتت احديهما
سعت الثانية في نصف الدين ويضمن المولى نصف الدين لان الدين انقسم
عليهما بحكم الرهن نصفين ووجوب السعاية على كل واحدة بحكم الرهن
بما يجب على كل واحدة بقدر ما فيها من الدين وهو النصف لانه بالتدبير صار
مستنفدا ماليتها فكانه استهلكها ثم ماتت احديهما فعليها قضاء ما كان فيها من
الدين … فيما ذهب … لان السعاية على المدبر باعتبار ان
المولى مالك لكسبها موسر بهذا الطريق كان بحكم الرهن في الدين الذي

كانت هي مرهونة به فاما الولد لم يكن مرهونا لم يكن عليها السعاية في
ديون المولى ما دام حيا وكل واحد منهما كانت مرهونة بنصف الدين
مقصودا بخلاف الاول فالسعاية على الولد باعتبار انما جزء من اجزاء
الام لان حكم الرهن ثابت فيه بطريق التبعية والام كانت مرهونة بجميع
الدين وكان عليها السعاية في جميع الدين بهذا الطريق فيجب ذلك على
ولدها الذي هو جزء منها اذا كان منفصلا في الصفة فان ولدت المدبرة بعد ما
ثم مات قبل ان يسعى في شيء وقيمتها مثل قيمة امها او اقل او اكثر سعت
في جميع ما علمنا ان كانت قد ولدتها قبل التدبير ثم دبرها وقيمتها مثل قيمة
امها سعت في مائتين وخمسين لان حكم الرهن يثبت في الولد حين انفصل قبل
التدبير وانقسم ما في الام من الدين على قيمتها وقيمة الولد بشرط بقاء
الولد الى يوم الفكاك كذلك وقد تقرر ذلك لانه صار مقصودا بالتدبير وذلك
بمنزلة الفكاك لانه يخرج من الرهن فوجب عليها السعاية فيما كان فيها
من الدين وهو مائتان وخمسون اذا صار مقصودا بوجوب السعاية ولكن
بيع الام فلا يلزم السعاية فيما كان على الام بخلاف الاول فهناك انما انفصل
الولد بعد ما خرجت الام من الرهن بالتدبير فلم يصر مقصودا بالسعاية في
شيء حتى لم يصر مقصودا بالفكاك بل هو في حكم جزء من الام فعليه
السعاية فيما وجب عليها بخلاف ما اذا انفصل الولد حرا لانه ليس على
صفة الام فان كسبه ليس لمولاه بل هو احق به فلا يمكن ان يجعل ساعيا في
السعاية الواجبة بحكم الرهن ولو استولد الراهن الامة المرهونة
صح استيلاده وبطل الرهن وهو الصحيح من مذهب الشافعي رحمه الله
لان الاستيلاد لما كان يثبت بحق الملك للاب في جارية ولده غير فلان
ينفذ بحقيقة الملك للراهن فيها اولى ثم هو على وجهين اما ان يدعي الولد
قبل الولادة او بعدها ففي الوجه الاول تسعى الام في جميع الدين
بمنزلة المدبر لان كسبها ملك المولى فالراهن موسرا كان وعلى رد الدين
بكسبها ولو كان قادرا على قضاء الدين عاجلا او اخرا من قضاء الدين فلذلك

اذا كان قادرا عليه بكسبها وليس على الولد شيء من السعاية لانه انفصل
حرا بعد خروج الام من الراهن فكسبه يكون مملوكا له دون المولى قادرا
على الاقتضاء الدين بكسبه ويوضح ان الولد الذي انفصل من الام حرا الاشيء
فيه حكم الرهن لانه ليس بمحل لوجوب السعاية عليه باعتبار حكم الرهن
بخلاف ما اذا انفصل مدبرا لانه جزء الام وحكم الرهن من حيث الاستيفاء
من الدين ثابت فيها فكذلك في الجزء الذي انفصل منها وان كانت الدعوى فللراهن
ان يستسعي الام والولد جميعا كما في التدبير لانها لما ولدت صار الولد رهنا
معها بحصته من الدين فلما ادعى صار كانه اعتقه بعد ما دخل في الرهن
فيجب عليه السعاية بحصته بنصيبه لان في العتق ينظر الى الاقل من ثلاثة
اشياء الى الدين والى قيمته يوم العتق وهنا ينظر الى حصته من الدين والى
قيمته يوم الدعوى ويسعى في الاقل منها فان ولدت ولدا الحرية من غير شيء
معنا في البين لان هذا الولد جزء منها وقد انفصل بصفتها فيلزمه السعاية
بحكم الرهن لانها ولدت من ام مستسعاة مشغولة بالدين فصار بمنزلة
ولد المكاتبة وولد الامة المديونة بخلاف الاول لانه حر الاصل فلا
يجب عليه شيء ولو كان الرهن عبدا يساوي خمسمائة بالف فاعتقه وهو
معسر ثم مات وترك خمسمائة فان المرتهن ياخذها ويسعى له العبد في مائتين
وخمسين لان الواجب على العبد السعاية في مقدار قيمته وذلك نصف
الدين شايع في المحل والخمسمائة التي استوفاها من التركة نصفها مما
وجب على العبد السعاية فيه وهو في ذلك كالكفيل عن المولى والاستيفاء
من الاصيل يوجب براءة الكفيل فلهذا يسعى في نصف ما بقي وهو
مائتان وخمسون ولانه اخذ الخمسمائة شايعا نصفها مما كان مضمونا على العبد
ونصفها مما لم يكن فبقي ما كان مضمونا نصفه ولو كان العبد سعى له في قيمته
قبل موت المولى يحاصان الخمسمائة بين المرتهن والعبد نصفين لان
الباقي من المرتهن خمسمائة والعبد قد استوجب الرجوع على
الراهن بخمسمائة فيقتسمان تركته على قدر دينهما واذا رهن رجلان عبدا

بالف درهم وقيمته الفا فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن حصته
من الدين خمسمائة وعلى شريكه مثلها لان العبد خرج من الرهن عندهما
لعدم تجزي العتق وعند ابي حنيفة رحمه الله يعتق البعض لا يستدام فيه
الرق فهو كالمكاتب فعلى كل واحد منهما قضا ما عليه من الدين والحكم من التركة
في التضمين او الاستسعاء معروف وان كان المعتق معسرا فللمرتهن ان يستسعي
العبد في الالف كلها لان حقه كان ثابتا في جميع ماليته وقد احتبس عنده
ثم يرجع العبد على المعتق بخمسمائة لما ذكرنا ولا يرجع على الاخر بشي لان
الاخر قد استوجب عليه السعاية في نصف القيمة لاحتباس نصيبه
عنده فيصير قصاصا ولو اعتقه احدهما ثم دبره الاخر فان كانا معسرين
فهما كما وصفنا وان كانا موسرين ضمنا الالف للمرتهن ويسعى المدبر للذي
دبره في نصف قيمته مدبرا لانه بتدبير نصيبه صار مختارا استسعاء العبد
في نصيبه فانه يصير مستسعيا في نصيبه ويمنعه ذلك من تضمين
المعتق ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشي لان الاول هو المتلف والثاني قد
ابرا الاول لهو المتلف والثاني قد ابرا الاول عن الضمان ولو سلف علي عبد اقر به
عليه مولاه باستهلاك الف درهم وقيمته الف العبد ثم انتقصت
قيمة العبد من السعر ورجعت الى مائة ثم اعتقه المولى فاراد صاحب المال
استسعاء العبد فانه يسعى له في مائة درهم ولو كانت قيمته يوم الاقرار مائة
ثم ازدادت يوم الاعتاق الفا فانه يسعى في الف درهم وانما ينظر الى قيمته
يوم الاعتاق لا يوم الاقرار لان اقرار المولى بالدين عليه انما يصح باعتبار
ماله من المالية لا من حيث انه يوجب دينا عليه لان محل الايجاب غير
مملوك له وانما يصح باعتبار عدم التهمة ولا تهمة في مقدار المالية لان
حق المولى فكان اقرارا على نفسه وما زاد على ذلك لا حق له فيه فكان
اقرارا على الغير فاذا نقصت ماليته يوم العتق فقد هلك من ملكه قدر تسعمائة
فيكون تقرر من الاقرار ولانه انما يطالب الغرماء عليه يوم العتق فلا يظهر
في حقه الا بقدر قيمته يومئذ وصار كما لو اقر علي عبد باستهلاك

قال

قال ثم مات احدهما يستوفي من الاخر ولذا اصابت قيمته يوم العتق الفا صار
الحال مستحق الصرف الى الغرماء بالاقرار قد صح قبل ذلك فيسعى في قدر ما
احتبس عنده لانه انما ثبت اقراره عليه يوم العتق فرق بينه وبين الرهن
فان هنا يسعى في الاقل من قيمته يوم العتق ومن الدين المقر به وفي الرهن
ينظر الى الاشيا الثلثة والفرق ان العبد هنا غير مضمون بالدين الذي اقر
به المولى بدليل انه لو مات لا يسقط الدين حتى يستوفى من كسبه واذا لم
يكن مضمونا بالدين لا ينظر اليه وانما ينظر الى قيمته يوم العتق والى قدر الدين
لان اقرار المولى عليه ينفذ بقدر قيمته فمتى كان الدين اقل كان المقر به
هذا القدر ولانه لا مطالب للزيادة ومتى كانت القيمة اقل كان النافذ
هذا القدر اما الرهن فمضمون بالدين ان كان الدين اقل وبالقيمة ان كانت
اقل ومحبوس بالدين فلهذا نظرنا الى اقل الاشيا الثلثة فان قيل هنا لعله
اقرار بقدر الالف لان قيمته يوم الاقرار كانت الفا فوجب ان
يسعى قيل له نعم لكن انما ينفذ اقراره بالالف باعتبار مالية العبد فاذا
انتقصت قيمته بطل الاقرار بقدر ما انتقص ولان الدين هنا يستوفى من
رقبته ولهذا يباع فيه وانما احتبست رقبته بالعتق فينظر الى قيمته يوم
العتق الا اذا كان الدين اقل لانعدام المطالب للزيادة اما في الرهن
الدين على المولى وانما يسعى لاجل الضرورة ولهذا يرجع على المولى ولا يسعى
اذا كان موسرا في اقل الثلثة وانما يفترقان في الرهن لا يسعى في قيمته
يوم الرهن اذا كان اقل لما ذكرنا ان السعاية في الرهن لاجل الضرورة
ولا ضرورة في الزيادة على قيمته يوم الرهن لانه لو هلك لا تعتبر قيمته
يوم الرهن ولو كانت قيمة العبد يوم الاقرار الفا فقتله عبد قيمته
الف فدفع به ثم اعتقه المولى واختار المقر له استسعاءه سعى في الف
درهم لقيامه مقام المقتول ولو قتله عبد يساوي مائة فدفع به ثم
اعتقه واختار المقر له استسعاءه سعى في مائة ولو كانت قيمة المقتول
مائة وقيمة القاتل الفا فاعتقه وهو يساوي الفا سعى في الف لانه قام مقام

فنام الاول لحما ودما فصار كان الاول قائم ولو كان غائما تعتبر قيمته يوم العتاق
لذلك هنا والله اعلم بالصواب

باب من البيع والعاريه في الرهن وغيره ووكاله القاضي

اصل الباب ان القاضي ينصب لابقاء الحقوق المحترمه وتوفيرها على المستحق
وليس له ولايه تضييعها وتعطيلها لانه نصب ناظرا للمسلمين والحقوق في القضيه
على السوا كالاعتاق والديون المجتمعه في التركه اذا ضاقت التركه عن الوفا بالكل
وحرف اخر ان للمرتهن حق حبس المرهون حتى يصل اليه جميع الدين
بعينه لانه رهن بكل جزء من اجزاء الدين على ما ذكرنا فلا يجوز ازالة يده
بغير رضاه حتى يصل اليه جميع حقه وحرف اخر ان اعاره الغير ليرهن بالدين
صحيحه كالاعاره في سائر وجوه الانتفاعات لانه انتفاع مقصود بالعين وهو
الحبس موسعا بدين عليه فكان بمنزلة ما في عين من الصوف وهذا لان
الدين تعلق بالذمه بالرهن المعروض تعلق حق صاحب الدين عليه واستحق
ماليته به كما ان الكفيل بالدين يلتزم المطالبه في ذمته على وجه يستحق به قضا
الدين من ماله وذلك منه تبرع صحيح فهذا مثله دل عليه انه لو امر عبده ان
يكفل بمال صح والدين لا يجب على العبد الا شاغلا لماليه رقبته فاذا امل ان يشغل
ماليه رقبه العبد بطريق الاذن بالكفاله عليه كذلك بطريق الاعاره للرهن
وهذا لان الثابت للمرتهن بالرهن بعض ما ثبت بحقيقه الاستيفا وهو ملك
اليد فاذا جاز ان يثبت له ملك اليد والعين باستيفا الدين من ماله على وجه التبرع
يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن ايضا واذا جاز ان ينفصل ملك اليد عن
ملك العين عن ملك العين بسبب البيع جاز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
سوى للرهن ثم ان اطلق الاعاره للرهن فما رهن به من قليل او كثير او اي
شخص كان فهو جائز لانه اطلق الاعاره والمقيد لنفي زياده ولا يثبت
ذلك بالمطلق وهذا الاطلاق لا يمنع صحه الاعاره لانه لا يفضي الى المنازعه
بمنزله الاعاره للانتفاع مطلقا ولو سمى له قدرا وجنسا او شخصا ليس له
ان يتعدى عنه اما اذا رهنه باكثر فلان الانسان قد يرضى بحبس ملكه بما يتيسر

عليه او على المستعير قضاوه دون ما يتعسر عليهما واما اذا رهنه باقل
فلانه رضي ان يكون العين مضمونا بذلك القدر حتى اذا هلك يرجع عليه بذلك
فلم يكن راضيا بالرجوع عليه باقل من ذلك القدر والحاصل ان التقييد
متى كان مفيدا كان معتبرا والتقييد هنا مفيد في المنع من الزيادة والنقصان
واعتبار الجنس والشخص والمكان فبعدما خالف فالغير بالخيار ان شا ضمن
المستعير وضمن بينه وبين المرتهن وان شا ضمن المرتهن ويرجع المرتهن على
الراهن بالدين وبما ضمن كما لو استحق الرهن وحرف اخر ان
من قضى دين غيره بامره او بغير امره مضطرا لا يوصف بالتبرع حتى يرجع على
المديون لانه انما يكون متبرعا ان لو كان مختارا ولو كان مختارا ولهذا قلنا
ان الوصي اذا انفق على اليتيم او على ماله او قضى دينا عليه او المتولي اذا
انفق في مال الوقف لا يكون متبرعا لانه مضطر في ذلك وكذا الوكيل
بالشرى اذا قضى الثمن من مال نفسه وقد بينا المسائل اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل استعار من رجل جاريه ليرهنها بالف واعار ورهنها به جاز
وللمعير ان يستردها وان كانت الاعاره في نفسها تبرعا والتبرع لا يكون
لازما لان التبرع انما يكون لازما اذا لم يتعلق به حق الغير اما اذا تعلق
فلا لانه ليس متبرعا في حق الثالث بل هو استيفا حقه من وجه لاحتمال ان
ينقلب حقيقته في الثاني ولهذا لا يملك استردادها الا ترى ان المشتري
شرا فاسدا او الموهوب له اذا رهن المبيع او الموهوب بطل حق البائع
والواهب في الاسترداد حال قيام الرهن كذلك هنا فان كان المستعير
لم يدع مالا او طلب الغريم بيع الجاريه بالدين لم يبع وكان هنا حتى يستوفى
الغير اما عدم البيع فلان المعير لم يرض بزوال العين عن ملكه وانما رضي
بكونها محبوسه بدين المستعير وحرف من هذا وهو ما اذا كان
المرهون ملك الراهن فمات وطلب المرتهن من القاضي ان يبيع الجاريه فانه
يبيعها ويقضي دينه والفرق ان حق الغريم يتعلق بالمديون بعد موته
ولهذا يباع بدينه وان لم يكن هناك رهن الا ان الرهن في التقدم على سائر

العقد لا في حق البيع واذا كان رهنا كان اولى وفي الجارية المرهونة ليس مال المديون
ليتعلق حق الغريم بهذا المال انما هذا وهذا رهنا حتى يسكنها المعير لان
المرتهن لم يرض بزوال يده عن الرهن حتى يصل اليه جميع دينه الذي كانت
الجارية مرهونة به والمعير رضي بحق اعتبار للمرتهن حتى يصل اليه دينه
حين اعاره للرهن فان قال صاحبها ابيعها واوفي الدين منها واتى المرتهن
سعيها حتى يستوفي الدين فهذا على ثلثة اوجه اما ان يكون في ثمن الجارية وفا
بدين المرتهن وزيادة او فيه وفا لا غير او لم يكن فيه وفا ففي الوجه الاول
والثاني يباع ولا يلتفت الى اباءه وان كان فيه ازالة يده عن الرهن
قبل وصول الدين اليه بغير رضاه لانه لا ضرر للمرتهن في هذا البيع بل
يصل اليه حقه للحال ولهذا يشترط رضى المشتري حال حيوة المستعير ولانه
متعنت في الاباء والتعنت لا يترك مقصودا انما هي وسيلة الى حقه لحق اليه
حقه بطل حقه في الوسيلة ثم رجع المعير بما اخذ منه من ثمن الجارية في مال
المستعير ان طلبه لما بالا ترى انه لو قضى الدين في حال حيوته له ان يرجع عليه
فكذا بعد موته والفقه فيه انه قضى دينه باذنه لانه متى استعار الجارية
ليرهنها مع علمه انها تهلك فيصير موفيا دينه فقد طلب منه ان يقضي
دينه من ماله فصار راضيا بهذا العقد بضمان الدين من ماله ومن قضى
دين غيره باذنه كان له ان يرجع عليه ولهذا لو تبرع بقضا الدين في حيوة
المستعير يجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا تبرع اجنبي لانه متبرع
على الطالب فله ان لا يقبل تبرعه اما هنا المرتهن رضي باستيفا دينه من
ملك المعير ولا فرق في حقه بين مالية الرهن وبين مال اخر يعطيه وهو في
الاباء بعد الرضى يكون متعنتا وبهذا الحرف يرجع المعير على الراهن بما ادى
عنه لان الراهن رضي بان يصير دينه مقضيا بملك الغير على وجه يرجع عليه
عليه وهو ما اذا هلك ولا فرق في ذلك بين مالية الرهن وبين مال اخر يؤديه
ولانه لا يتوصل الى ماله الا بالفكاك فكان ماذونا فيه ولا يكون متبرعا
لانه يتوصل بقضا دينه الى تخليص ملكه فصار كالوارث اذا قضى دين الميت

يرجع في التركة وكصاحب العلو اذا بنى السفل وفي الوجه الثالث لا يباع الا
برضاه لان فيه ضررا عليه وهو ان الدين يتاخر الى ان يصل اليه حقه بتمامه
بعد البيع وهو غير متعنت في الاباء لان له فيه فائدة لانه ربما ينفك المعير ملكه
فيقضي جميع دينه من مالية المرهون وبمال اخر وقد رضي به حين اعار الرهن
وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره في قضاء المعير انه انما يرجع بمقدار المضمون
الذي كان المرتهن مستوفيا له بهلاكه بيانه اذا اعاره عبدا قيمته الف درهم
ليرهنه بخمسمائة فافتكه المعير بالف رجع بخمسمائة لان العبد لو هلك في يد
المرتهن صار مستوفيا هذا القدر ولم يكن للراهن ان يرهن باكثر منه فلذلك
اذا قضى بنفسه لم يرجع باكثر منه ويكون متطوعا في الزيادة ولا يقال
هو لا يتوصل الى خلاص عبده الا بقضاء جميع الدين لانا نقول المستوفي
المرتهن بالهلاك ما يستوفيه بالمباشرة فلا يرجع المعير اذا اوفى بالمباشرة
الا بما يرجع به اذا اوفى من طريق الحكم ولهذا لما ذكرنا ان قبض الرهن قبض
الاستيفاء من مالية المرهون فهو انما يتم بقضاء الدين عند الهلاك فلا يرجع
بالزيادة ولو لم يمت المستعير لكن مات المعير والمستعير موسر اخذ
هذا الدين ورد الجارية على الغير يريد به على ورثته وان كان المستعير
معسرا كانت رهنا على حالها لان ورثة المعير قاموا مقام المعير
ولو كان المعير حيا لم يكن له ان ياخذ الجارية الا بعد وصول الدين الى
المرتهن فهذا لانه وجب للمرتهن حق في المرهون حال حيوته ويتقدم عليه
فيه وليس له ابطاله فكذلك في حق ورثته فان قيل الاعارة والاجارة
تبطل بموت المعير والاجر فالذي لا يبطل هنا بموته قلنا لان
الجارية صارت رهنا باذن المعير ولو انه رهنها بنفسه لا تبطل بموته
فكذلك اذا رهن غيره باذنه وان كان للمعير غرماء وورثته ارادوا ...
بيعها واتى المرتهن فان كان في ثمنها وفاء بدين المستعير او فضل بيعت
ويقضي دين المرتهن ويرد الفضل على الغرماء والورثة وان لم يكن فيه
وفاء لم يبع الا ان يرضى المرتهن كما في حيوة المعير وان كان وفي ما ارا ...

المعير شيئا والى ذلك الورثة وغرما المستعير لو بيع حتى يجتمعوا لهكذي
ذكر محمد رحمه الله في ل—— بعض المشايخ رحمهم الله انما يعتبر
رضى الغرما اذا لم يكن في الثمن وفا بدين المعير والمستعير اما اذا كان لا يلتفت
الى اباء غرما المعير لانه يصل اليهم حقهم بكماله فكانوا متعنتين في الاباء فاما
اذا لم يكن فيه وفا بدينهم جميعا يأبون لانه اذا بيع يتقدم دين المستعير فيبطل
حقهم ولو لم يبع ربما يقضي المستعير دين نفسه او يتبرع انسان بقضا
دينه فيسلم الجارية لهم فاما الورثة في الحالين يكون معتبرا الا ترى ان لهم
ان يقضوا الدين ويستخلصوا التركة لانفسهم فكان في البيع ابطال حقهم
ولانه اذا لم يبع ربما يقضي المستعير دين نفسه او يسقط دينه بسبب
من الاسباب فيسلم الجارية لهم فيبيعون ويقضون دين غرما المعير ويبقى
الفضل لهم وان مات المعير والمستعير فهو نظير موت المعير وحده في جميع
ما ذكرنا لان موتهما لا يغير حقوق غرمائهما ولا حقوق ورثتهما
فان قيل اذا مات المستعير فقد فات من يقضي المرتهن فلا معنى
للتربص في هذه الحالة لانه لم يبق من يقضي دين المستعير فلا يعتبر
رضا وهم واباؤهم قيل له التربص مفيد فانه ربما يتطوع انسان
بقضا دين المستعير او يبرئ رب الدين فيسلم الجارية لورثة المعير
وغرمائه فهو زاد حقهم في المبسوط اذا استعار من رجل عبدا ليرهنه
بدينه وقيمته الف ورهنه بالف ثم ان مولاه اعتقه وهو موسر ضمن
المال للمرتهن لانه كان راضيا بتعلق حق المرتهن بماليته الرهن حين
اعاره ثم اتلف على المرتهن ذلك بالاعتاق فيضمن له مثله ويرجع به على
الراهن لانه قضى بما ادى دين الراهن وهو مجبر على ذلك الا ترى انه لو قضى
الدين ليسترد الرهن يرجع على الراهن فكذا اذا استرد بالاعتاق وضمنه
للمرتهن وهذا لان الراهن رضي برجوعه عليه متى صار دينه مقضيا عليه
الا ترى انه لو هلك يرجع بمقدار ذلك فكذلك اذا قضى بمال آخر وان كان المعتق
معسرا او الراهن موسرا ضمن الراهن المال ولم يرجع على احد منهما لانه قضى دين

نفسه بماله وان كانا موسرين فللمرتهن ان يضمن ايهما شا اما الراهن فلقيام
دينه عليه واما المعتق فلاتلافه محل حقه وان كانا معسرين سعى العبد في
جميع ذلك لان المالية سلمت له وقد كانت مشغولة بحق المرتهن ثم رجع العبد
على ايهما شا ان شا على الراهن لانه كان مجبرا على قضا دينه عنه بنفسه بسبب
رضي به الراهن وهو عقد الرهن وان شا على مولاه لانه هو الذي الجاه الى ذلك
بالاعتاق فان رجع على المولى رجع به مولاه على الراهن كما لو كان المرتهن هو
الذي رجع به على المولى وهذا لان اصل الدين على الراهن ولو استعار ثوبا
ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمته عشرة او اكثر فهلك في يد المرتهن
بطل الدين ويرجع رب الثوب عليه بعشرة لانه قضى بالثوب وبماليته برضاه
لكن صار قاضيا دينه بهذا القدر من ماليته ومن قضى دينه بمال الغير يضمن
مثله وكذا لو اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب
الثوب عليه فان كان الثوب يساوي خمسة وهو رهن بعشرة فهلك في يد
المرتهن ذهب بخمسة وعلى الراهن خمسة وهو مقدار الزيادة على قيمة الرهن
من الدين وعليه خمسة لرب الثوب صار موفيا خمسة من دينه بماله فيجب
فيغرم له مثله ولو هلك الثوب عند المستعير قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه لانه حفظ العين في الحالين كان امانة وبهذا الهلاك لا يصير
قاضيا شيئا من دينه بمال الغير والله اعلم بالصواب

باب من الرهن والجناية عليه

اصل الباب ان رهن المولى العبد المجني عليه بما يبرئ الجاني عن ضمان السراية
كالبيع لانه عقد استيفا يصير حقيقة عند الهلاك والاستيفا لا ينفك
عن تملك المضمون فكان بلا ثمان ذمة من عليه الدين فيكون في معنى البيع والبيع
قاطع للسراية الجناية والجامع بينهما وهو ان البيع انما يقطع السراية لانه تعذر
ايجاب الضمان لانه لا يخلو اما ان يجب الضمان للبائع او للمشتري لا وجه الى
الاول لان السراية حصلت في ملك غيره ولا وجه الى الثاني لان السراية تبع للبداية
والبداية حصلت في ملك المشتري هذا المعنى موجود في الرهن لان المحل

صار مضمونا على الجاني لان المحل الواحد لا يكون مضمونا على شخصين بضمانين مختلفين
ومن هذا قلنا لو قطع يد عبد عمدا فاعتقه مولاه ثم مات من الجناية وان كان للعبد
وارث سوى المولى لا يجب القصاص بالاجماع لاشتباه المستوفي لانا ان
نظرنا الى ابتداء الجناية كان الاستيفاء للمولى لحصول الجناية على ملكه وان نظرنا
الى حالة الموت كان الاستيفاء للوارث لانه حر عند الموت وجهالة المستوفي
تمنع القصاص كما لو باعه ثم مات عند المشتري يبطل السراية وكان
على القاطع ارش اليد وتبطل السراية عن الجناية لان قطع يد العبد لا يوجب
القصاص من قبل الرهن لا يزول الملك ولا ينقطع السراية بخلاف البيع
قبل لا يزول عند الهلاك والبراءة عن ضمان السراية انما يحصل عند
الهلاك لا قبله حتى ان الراهن اذا افتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن
الجاني جميع بدل العبد المرهون لا بدل الطرف الا ان السراية انما ينقطع بقدر
المضمون لا بقدر الامانة لان معنى النقصان لا يتحقق الا في المضمون اذا عرفنا
هذا قال محمد رحمه الله رجل قطع يد جارية لرجل قيمتها الف ورهنت قيمتها
الى خمسمائة فرهنها المولى بخمسمائة ثم ماتت من القطع في يد المرتهن فالرهن بما فيه
فيرجع المولى على القاطع بنصف القيمة من ماله حالا وهو ارش اليد اما صحة
الرهن لانها بعد القطع محل البيع فكانت محلا للرهن واما الرهن بما فيه لانه
هلك في يد المرتهن بسبب لم يصر الراهن مستردا واما الرجوع على القاطع بنصف
قيمة الرهن في ماله حالا اما النصف فلان الجاني بريء عن ضمان السراية
بالرهن لما قلنا واما في ماله حالا فلان الجناية فيما دون النفس في المملوك
موجب ضمان المال لان الطرف يلحق بالاموال بدليل عدم جريان القصاص
بين طرف الحر والعبد وبين العبدين وان تساويا قيمة وضمان المال يجب عليه
بالعمد على الجاني لا على العاقلة ولو لم تمت الجارية ولكن ولدت ولدا يساوي خمسمائة
ثم ماتت وهي ولدها صار نصف الدين في الولد لانها لما ولدت ولدا يساوي
خمسمائة انقسم الذي كان في الام بينها وبين ولدها نصفين لاستواء قيمتهما
في الحال على تقدير بقاء قيمة الولد الى وقت الفكاك لذلك فاذا ماتت الام

ذهبت بما فيها من نصف الدين وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد بنصف مائتان
وخمسون ورجع المولى على القاطع بسبعمائة وخمسين ويدفع من ذلك مائتين
وخمسين الى المرتهن يكون رهنا مع الولد لان الجارية لما ماتت بعد تحول نصف
الدين الى الولد ظهر ان الرهن في نصف الجارية عقد بقاء وفي نصفها عقد
امانة لانه ظهر ان نصفها كان مضمونا ونصفها امانة فالعقد في النصف
كان في معنى البيع فيوجب البراءة عن ضمان السراية وفي النصف كان في معنى
الوديعة وانه لا يوجب البراءة عن ضمان السراية لانه لا يوجب تبدل
المستحق فوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف
قطع نصف اليد وذلك مائتان وخمسون فيكون سبعمائة وخمسين ولم يذكر
محمد رحمه الله في الكتاب ان جميع ذلك يكون في ماله حالا او البعض في ماله
والبعض على العاقلة وذكر ابو الحسن الكرخي عن محمد رحمه الله ان خمسمائة
من ذلك يجب على عاقلة الجاني ان كان له عاقلة مؤجلا في ثلث سنين ومائتان
وخمسون يجب في ماله حالا لان خمسمائة ضمان السراية وانه ضمان ادمي ومائتان
وخمسون ضمان القطع وانه ضمان مال وذكر شيخ الاسلام على الاسبيجابي رحمه
الله انه رجع عليه بسبعمائة وخمسين ويكون خمسمائة ضمان النفس حتى يجب
مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان الطرف فيجب حالا الا انه يجب كله في ماله لانه
وضع المسألة في الاقرار ولو كان معاينة يجب ما هو ضمان النفس على العاقلة
والمائتان والخمسون الذي اخذ من القاطع حالا يدفعه الى المرتهن لانه
بدل الطرف وحق المرتهن لا يتعلق بالطرف لانه منفصل وقت الرهن
اما الذي يأخذ مؤجلا من القاطع وذلك خمسمائة يدفع نصفه الى المرتهن
لان هذا القدر قائم مقام نصف الجارية ونصف نفس الجارية كان محبوسا
مع النصف الاخر في يد المرتهن وان كانت امانة غير مضمونة فكذا بدلها
ايضا يكون محبوسا مع الولد عند المرتهن فان هلكت المائتان والخمسون
هلكت لغير شيء ويبقى الولد رهنا بمائتين وخمسين لان المائتين والخمسين كان
بدلا عما كان امانة في يده وهو الذي يسري فيه الجناية الى النفس فكان

حكمه حكم اصله ولو تعلت الولد بعد ذلك ايضا غرم المرتهن المايتين
والخمسين للراهن لهو ما قبض منه فيردها عليه ويردها الراهن على
القاطع لان الولد لما هلك قبل الفكاك تبين انا اخطانا في القسمة لانا
قسمنا الدين بين الولد والام نصفين فاذا هلك الولد قبل الفكاك ظهر
ان الدين كله كان في الام وقد هلكت بجميع ما فيها من الدين وظهر ان المرتهن
استوفى جميع دينه بهلاك الام وذلك خمسماية وانه قبض مايتين
وخمسين درهما من الراهن وليس له حق القبض لانه لما هلكت الام كلها مضمونة
بجميع الدين ظهر ان القاطع كان بريا من الشراية وان عليه ارش اليد
خمسماية لا غير وقد اخذ مايتين وخمسين من القاطع بغير حق فكان الراهن
في حق القاطع بمنزلة الغاصب والمرتهن بمنزلة غاصب الغاصب وعلى
غاصب الغاصب ان يرد المغصوب على الغاصب الاول على المغصوب
منه ان كان قايما او مثله او قيمته ان كان هالكا فلذلك هنا هذا الذي ذكر
في الكتاب وهو محمول على ما اذا ثبت القطع بالاقرار حتى يجب الكل في مال
الجاني اما اذا ثبت بالبينة حتى وجبت القيمة على العاقلة فالمايتين
والخمسون الذي يرد المرتهن على العاقلة فيرد الراهن عليهم لا على القاطع
فيرد الراهن على العاقلة مايتين وخمسين ايضا الذي في يده لانه اخذ
منه خمسماية وقد تبين ان الواجب على القاطع خمسماية لا بقطع الشراية
وقد اخذ منه مايتين وخمسين فيرجع بالباقي وكذلك ان لم تهلك المايتان
والخمسون حتى هلك الولد ثم هلكت الدراهم لان المعنى يجمعهما قال
محمد رحمه الله في الاصل ولا يشبه هذا الغصب يريد به اذا قطع يد جارية
لانسان قيمتها الف درهم ثم جاء رجل وغصب الجارية من مولاها وهلكت
في يد الغاصب من القطع كان المولى بالخيار ان شاء ضمن اليد وما انتقصها
القطع على الغاصب بقيمتها مقطوعة اليد وان شاء ضمن القاطع ارش
اليد وما انتقصها القطع من قيمتها الى يوم الغصب ويضمن الغاصب
قيمتها منقوصة يوم غصبها ولا يرجع احدهما على صاحبه بشيء وفي الرهن ليس

للراهن هذا الخيار ولا ياخذ من القاطع الا خمسماية وان كان الغصب يفيد
الملك في المضمون عند الهلاك كالرهن والفرق ان الرهن بمنزلة البيع وقد حصل
برضى المولى فامكن الشراية ان يجعل الراهن مبريا للقاطع عن ضمان الشراية
بالرهن فاما الغصب وان كان في معنى البيع الا انه لم يحصل برضى المولى
فلا يمكننا جعله مبريا عن ضمان الشراية بالغصب فيثبت له الخيار وذكر في
اشارات محمد رحمه الله الى الفرق الا انه غير سديد فان الرهن والبيع انما صار
قاطعا حكم الشراية لتعذر اعتبار التضمين على ما ذكرنا في اول الباب
وفيما رجع الى التعذر الحاصل بالرضى وبغير الرضى سوا والفرق الصحيح ان
الرهن عند الهلاك يصير في معنى البيع من الراهن ابتدا وكان قاطعا
حكم الشراية اما الغاصب انما يصير في معنى البيع اذا اختار المالك
تضمين الغاصب جميع القيمة فقبل ان يختار لا يكون قاطعا فلهذا كان
الخيار ان شاء ضمن القاطع جميع القيمة لانه صار قاتلا وان شاء ضمنه ارش
اليد وما انتقصها القطع من القيمة الى يوم الغصب ثم يضمن قيمتها مقطوعة سقط
قالوا ويجب في الرهن ان يضمن الراهن ارش القطع وما انتقص من قيمتها الى
يوم الرهن لانه انما يبري القاطع عن شرايه ما كان بعد الرهن مضمونا
فيضمن ما فات بالشراية قبل الرهن ولان الغصب في نفسه ليس بسبب
للملك بل هو في نفسه عدوان وظلم فلا يشبه البيع بخلاف الرهن فانه عقد
شرعي يفيد الملك من وجه في الحال او يثبت حقيقة عند الهلاك فاشبه
البيع ولو ضمن الغاصب اشتر نصف القيمة اخذ الغصب شبها بالبيع
لانه يفيد الملك في المضمون في مقابلة الضمان فانقطعت الشراية
فلا يضمن القاطع الا ارش الطرف او نقول لا فرق بينهما في الحقيقة
وفي الحاصل لان الراهن لما هلك في يد المرتهن صار الراهن مستوفيا
خمسماية بمقابلة فنظيره من الغصب ان لو اخذ من الغاصب خمسماية
وثمة لم يكن له ان ياخذ من القاطع الا خمسماية فلا فرق بينهما وروي عن
ابى رحمه الله انه قال ان شاء ضمن القاطع جميع الالف ثم القاطع يرجع

على المرتهن بجنايته وفي العيون لو ان رجلا جنى على عبد رجل فوهبه مولاه ثم
ادبر فمات من تلك الجناية فله ان يتبع صاحب الجناية بجميع القيمة ولو
كان القطع عمدا ففي القياس يجب القصاص وفي الاستحسان لا يجب ويجب
القيمة وكذلك لو وهب ثم رجع في هبته او باع ثم رد بعيب بقضاء قاض
لان الجناية قد انعقدت موجبة للضمان والرهن لا يعدم السبب ولا يسقط
الواجب فاذا افتك الرهن عاد الى ما كان عليه في الابتداء فيوخذ بجميع
القيمة واما اذا كان عمدا فلان السبب انعقد موجبا للقصاص لانه
عمد محض لكنا استحسنا لان بالرهن انعقد ضمان اخر وصار مضمونا بالاقل
من قيمته ومن الدين ولان المولى بالرهن صار كالمبرئ له عن الجناية فيصير
شبهة مسقطة للقصاص وكذلك في الهبة والرد بالعيب لان الاسترداد
عاد الى ما كان عليه الا ترى ان للواهب الاول ان يرجع فيه والمردود
عليه ان يرد على بائعه

كتاب الشركة

باب الشركة بين الرجلين

اصل الباب ان الشركة على نوعين شركة ملك وشركة عقد فالاولى
على وجهين احدهما ان يتملكا عينا بفعلهما كالشرى او الهبة او الوصية
او الاسترداد او بغير فعلهما كالميراث وحكمها انه يجوز تصرف كل
واحد منهما في نصيبه باذن شريكه وبغير اذنه معه او مع اجنبي ولا
يجوز تصرفه في نصيب شريكه الا باذنه والثاني ان يختلط مالهما
او بغير اختيارهما لا ينفصل احدهما ويتعلق احدهما لكن لا يعرف الناظر حكمها
انه يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من غير شريكه الا بغير
اذن شريكه واما شركة العقود فالجائز منها اربعة وهي المفاوضة
والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى شركة الابدان
وشركة الصنائع والمضاربة للشركة في الربح فشركة المفاوضة نذكرها
بعد هذا ان شاء الله تعالى واما شركة العنان فهو ان يشتركا
في المال اليسير او بيعا ويكون الربح بينهما ولها شرائط بعضها متفق عليه

وبعضها

وبعضها مختلف فيه اما المتفق عليه ان يكون راس المال حاضرا في مجلس العقد او مشار
اليه في مكان اخر ولا يكون دينا في الذمة فيشترط حضرته عند العقد او عند
الشرى لان التحليه شرط لجوازها لنسبها لكل واحد منهما العمل به وذلك
لا يتحقق في الدين في الذمة وان يكون راس المال من الاثمان حتى لا يتغير عند الشرى
كيلا يودي الى ربح ما لم يضمن واما بالتبر ففي ظاهر المذهب وهو رواية
المضاربة لا يجوز وذلك في العرف ان من اشترى شيئا بعينه سابقه يتفاسل
النقض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى لا يتعين بالتعيين فعلى هذه
الرواية يجوز والحاصل ان هذا يختلف باختلاف العرف في البلدان فان
كانت المبايعة بين الناس في بلد بالتبر فهو كالنقود لا يتعين ويجوز الشركة
به وان لم يكن فهو كالعروض فيتعين ولا يجوز الشركة به واما بالفلوس النافقة
لا يجوز عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله وذكر
الكرخي رحمه الله قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله والاصح ما قلنا وهو بنا
على بيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ويتعين لجوازه الصرف وعند محمد لا يجوز ولا يتعين النقود وقد ذكرنا في البيوع
واما بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا يصح عندنا وعند ابن ابي ليلى
ومالك رحمهما الله يجوز للتعامل وحاجة الناس الى ذلك ولنا اعتبار الشركة
العقد بشركة الملك وفي الحاجة على التسمية فقال لان راس المال مجهول
يريد به ان العروض يتفاوت من ذوات الامثال وعند القسمة لا بد من تحصيل
راس المال ليظهر الربح فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق معرفتها
الحزر والظن ولا يثبت اليقين لهذا لم يجوز الشركة بالفلوس لان الرواج
اصطلاح الناس فربما احدثوا فلسا اخر فكسدت الاولى فيودي الى جهالة
راس المال عند القسمة لان راس المال عند القسمة يحصل باعتبار المالية
لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد وروى الحسن
عن ابي حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال ابو يوسف
رحمه الله تصح الشركة بها ولا المضاربة فرق فقال في المضاربة يحصل راس

كل واحد منهما باعتبار العقد لان حالهما فيه سواء فلا يختص احدهما بالضرر لان
الشركة تختص براس مال يكون اول التصرف فيه نقدا ولا يتاتى في العروض
اول التصرف فيه فيكون بيعا ثم كل واحد منهما موكلا لصاحبه ببيع متاعه على ان يكون
له بعض ثمنه وانه لا يجوز وصحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا يصح
الوكالة لا يصح الشركة والمعنى فيه ان الوكيل بالبيع امين فاذا شرط له جزء من
الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشرى يكون ضامنا للثمن في ذمته
فاذا شرط له جزء من الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولانه ربما يظهر الربح في
مال احدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الاخر حصته من
ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر احدهما بتراجع سعر عروضه ويربح
الاخر فاما المكيل والموزون والعددي المتفق في القدر والصفة فان لم يخلطا
فليسا بشريكين لان هذه الاشياء بمنزلة العروض يستحق اعيانها بالعقد
واول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعا فكانت كالعروض وان خلطا
مشوعنهما وما ربحا فيه بينهما وما وضعا فعليهما ولانه باع ملكهما او خسران
على ملكهما ومن شرائط الجواز ان يكون الربح مشروطا على وجه لا يدرك
اي قطع الشركة في الربح وان يكون ما وردت عليه الشركة من التصرف
قابلا للوكالة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في باب التصرف
ولهذا لا يصح الشركة في الاحتطاب والاحتشاش ولانه لا يقبل الوكالة
واما الخلط فبين اتحاد جنس راس المال شرط فيها وهو قول زفر
والشافعي رحمهما الله حتى لو كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الاخر
دنانير لا يصح الشركة وفي الاستحسان ليس بشرط وتصح الشركة وهو
مذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وعلى هذا لو كان راس مال احدهما بيضا
وراس مال الاخر سودا فالاصل عند الشافعي رحمه الله ان شركة
الملك اصل ثم شركة العقد تنبني عليه فالان الشركة عبارة عن الاختلاط
وذلك انما يتحقق في الملك المشترك وكل عقد ما هو وصفه اسم ذلك العقد
كالحوالة والكفالة والصرف فاذا خلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما

عن

عن الاخر فحينئذ ثبت الشركة في الملك فينبني عليه شركة العقد فاما قبل
الخلط الشركة في الاصل لم تثبت حتى اذا هلك راس مال احدهما كان الهلاك
عليه خاصة فلا يثبت شركة العقد لان الاختلاط فيه لا يتحقق مقصودا
ولهذا لا يجوز شركة التقبل لانعدام الشركة في الملك والخلط في العمل لا يتحقق
وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما وكيل
صاحبه في الشرى بالمال الذي معه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد
او عند الشرى لان الوكالة بالشرى على ملكه لا يصح الا به فانه بدون تعيين
المال يكون الوكيل مشتريا لما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون
خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي يقتضيه الشركة في المشترى اما المال
والربح لا في راس المال وذلك ثابت بدون الخلط وكذا عند زفر رحمه الله على
الرواية التي يشترط الخلط وعلى الرواية التي لا يشترط يقول ربما
يظهر الربح لاحدهما دون الاخر بتغير سعر احد النقدين وذلك يبطل
مقتضى الشركة وعندنا موجب العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف
النقدين فانه لو صرح بالوكالة بان يشتري احدهما بهذه الدراهم على
ان يكون المشترى بينهما ويشتري الاخر بهذه الدنانير على ان يكون
المشترى بينهما صحيحا فلذلك يصح الشركة بهذه الصفة ثم اذا اختلف
جنس راس المال يعتبر القيمة لاستحقاق احدهما زيادة ربح على راس
ماله من مال صاحبه يوم العقد وليحصل مقدار الملك في المشترى يوم
الشرى وليحصل راس المال يوم القسمة اما الاول فلان سبب استحقاق
زيادة الربح هو العقد بشرط استحقاق زيادة الربح والشرط وجد
يوم العقد فتعتبر القيمة في حق هذا يوم العقد واما الثاني فلان
حق الشريك يثبت قبل الشرى في راس المال وانما ينتقل الى المشترى
يوم الشرى بالشرى لا بعقد الشركة فتعتبر قيمتها لحصول الملك
في المشترى يوم الشرى واما الثالث فلان حقهما انما ينتقل من
المشترى الى راس المال يوم القسمة فتعتبر قيمتهما ليحصل راس المال يوم

السمة ولانه اذا لم يكن في المال جنس رأس المال لا ينقطع حق كل واحد
منهما عن رأس المال ما دامت الشركة باقية لاحتمال وجود مثله في المال
فاذا جاء وان السمة وليس في المال من جنس رأس المال الا ان اصطلحا الى بيعه
بعض بعينه تو ميزه حرف ـــــ اخران لدراهم والدنانير سبقان
في الشركة والمضاربة لان المقصود التزيد في الربح دون العقد فكانت
بمنزلة العبد ولانه امانة في يد شيئين كالوديعة ولا يتعين في الوكالة قبل
التسليم الى الوكيل لان المقصود من عقد الوكيل وكانت الوكالة وسيلة
الى الشري والمقصود لا يتعين في الشري فلا يتعين في الوسيلة وبعد ما دفع
الى الوكيل يتعين عند بعضهم حتى تبطل الوكالة بهلاكها قال عامة المشايخ
رحمهم الله لا يتعين لما قلنا وانما تبطل الوكالة لان المقصود من التسليم
دفع رجوع الوكيل عليه لما عرف ان الشري بحكم الوكالة يوجب
دينين فانما دفع ليكون رجوعه فيه بدلا عليه وحرف ـــــ احران
الشريكين اذا اشتريا شيئا صفقة واحدة فانما يحصل لكل واحد منهما في
المشترى يضاف الى عقد لانه اجتمع في حق كل واحد منهما عقد الاصيل
مع عقد الوكيل فلا يعتبر تصرف الوكيل وقد جمع محمد رحمه الله في الباب
بين شركة العنان والمفاوضة والمضاربة والبضاعة وبدا بشركة العنان
لانها جائزة بالاجماع وفي المفاوضة خلاف والمضاربة وان كانت جائزة بلا
خلاف لانها جائزة بخلاف القياس لانها اجارة والاجارة مجهولة بخلاف
القياس ولانها اجارة ببعض ما يخرج من عمله وشركة العنان جائزة موافقة
للقياس فكانت البداية بها اولى اذا عرفنا هذا قال ـــــ محمد رحمه الله
رجلان اشتركا ولاحدهما الف درهم وللاخر مائة دينار وقيمتها الف وخمسمائة
شركة عنان على ان يشتريا ويبيعا فما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو
بينهما على قدر رأس اموالهما والوضيعة كذلك فهذه الشركة جائزة عندنا
استحسانا لاستجماع الجواز خلافا للشافعي رحمه الله على ما ذكرنا فان لم
يشتريا شيئا حتى هلك احد المالين فهلك من مال صاحبه وانتقضت الشركة

اما

اما الهلاك على صاحبه لان بهلاكه لا يزول الشركة والمال امانة في يده فيهلك
على ملكه الا ان الجنس اذا كان واحدا يكون الهلاك عليهما بعد الخلط لانه لا يعرف
احدهما من الاخر وليس احدهما بصرف الهلاك اليه باولى من الاخر اما هنا
بخلافه وقد ذكرنا ان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فصار كما لو هلك
في يد الوكيل واما انتقاض الشركة سواء هلك في يد صاحبه او يد شريكه
لانه امانة في يد الشريك فصار كهلاك الثمن المنقود في يد الوكيل لما قلنا
انه يتعين في الشركة ولا يبقى العقد بعد سقوط راس مال الاخر لان الشركة تمت
بهما لا باحدهما وهذا لان المقصود من الشركة التصرف في المستانف لا عينهما
فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد يكون
مانعا من صحته يبطل العقد له بحكم التغيير المشترك قبل التصرف كهلاك
البيع والكتابة في التلويث وانعدام راس المال من احدهما لو اقترن بالعقد
كان مانعا فكذا اذا اعترض وهذا لان المعقود عليه في الشركة راس
المال فهلاكه بمنزلة هلاك المبيع ولانه لا يخلو اما ان يغرم مثله او لا يغرم
فان غرم لا يجوز لان راس المال يكون دينا وان لم يغرم لا يجوز لان راس
المال يكون احدهما او العمل فكانت مضاربة بشرط عمل رب المال فلا يجوز
ولا يجوز ان يهلك عليهما لان ابتداء العقد على الامانة والمستقر المال
الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة لانه متى بطلت الشركة توكيل
كل واحد منهما صاحبه لانه لم ينصا على الوكالة وانما تثبت الوكالة ضمنا
الشركة فاذا بطلت الشركة بطل ما في ضمنه هكذا ذكر في بعض المواضع
وفي بعض المواضع ذكر ان المشترى يكون بينهما ويرجع المشتري على صاحبه
بنصف الثمن وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع بحيث قال يكون
للثاني مشتريا لنفسه خاصة وضع المسئلة فيما اذا اطلقا الشركة
فيكون المشتري على احدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق نصه لعقد الشركة
وقد بطلت بهلاك المال فيكون مشتريا لنفسه وحيث قال المشترى بينهما
وضع المسئلة فيما اذا صرح عند العقد على ان ما اشترى كل واحد منهما عاله

فهذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التخريج الشركة في المشترى من قضية الوكالة
لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشرى من ماله نصا على ان يكون نصف المشترى
له فالشركة وان بطلت فالوكالة باقية فقد اشترى له النصف بحكم الوكالة
ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه فان كان المشترى هو الذي يوكل
ماله صار مشتريا لنفسه فاذا نقد مال الآخر صار قاضيا دينه بمال غيره في عقد
عقده لنفسه فيضمن مثله وهذا على الرواية التي لم يصرحا بالوكالة اما اذا
صرحا يكون بينهما على ما ذكرنا فان لم يهلك احد المالين حتى اشترى
احدهما بماله عبدا ثم هلك مال الآخر فانه يهلك من مال صاحبه لما قلنا
لكن المشترى يكون مشتركا بينهما على قدر راس مالهما لان الشركة كانت قائمة
بينهما حين اشترى وهو وكيل عن صاحبه فيما اشترى حال قيام الشركة فصار
العبد مشتركا بينهما فلا يبطل ملكه بهلاك المال حتى لو هلك يهلك على
ملكهما بخلاف المسألة الاولى والفرق ما ذكرنا ان النقود تتعين في الشركة
فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام الشركة وحصول المقصود من
العقد وانه يوجب انفساخ العقد كالبيع اما هنا حصل المقصود من
العقد وهو ثبوت الشركة في المشترى فبعد ذلك ان كان صاحب الدنانير
هو الذي اشترى بالدنانير عبدا او جارية ثم هلكت الدراهم فالجارية بينهما
اخماسا خمساها لصاحب الدراهم وثلثة اخماسها لصاحب الدنانير لان
كل واحد منهما وكيل صاحبه ولما اشترى بالدنانير صار كانه اشتراها على
قدر راس المال وراس مالهما لان راس مال احدهما الف درهم وراس مال الآخر
مائة دينار الف وخمسمائة فاجعل كل خمسمائة سهما فيصير الدنانير ثلثة اسهم
والدراهم سهمين فيرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير
وذلك اربعون دينارا لانه اشترى له هذا القدر بوكالته ونقد الثمن من
مال نفسه وانما رضي بذلك على ان يشتري الآخر بالدراهم له وينقد الثمن
من نفسه فاذا فات ذلك بهلاك الدراهم رجع عليه بما نقد لاجله ولو كان
صاحب الدراهم هو الذي اشترى ثم هلكت الدنانير فلصاحب الدراهم ان يرجع

على

على صاحب الدنانير بثلثة اخماس الدراهم وذلك ستمائة درهم لانه اشترى
خمسي الجارية وثلثة اخماسها للشريك لما ذكرنا ان المعتبر لثبوت الملك في المشترى
قيمة المالين يوم الشرى فيرجع عليه بما نقد عنه لما ذكرنا ويكون بعض راس المال
دينا بعدما انتقل الى العروض لا يبطل العقد وايهما باع الجارية لان كل واحد
من الشريكين ينفرد بالبيع والشرى حال قيام الشركة اذا اشترطا في الشركة
ان يبيعا ويشتريا شيئا والشركة قائمة ويقتسمان الثمن على خمسة اسهم
ثلثة اخماسه لصاحب الدنانير وخمساه لصاحب الدراهم اذا باعا الجارية
مساومة لان في بيع المساومة يقسم الثمن على قدر ملكهما في المبيع وملكهما
في المبيع اخماس هكذا ذكر في الجامع وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله
في المبسوط ولم يذكر ان شركتهما في المتاع المشترى شركة عقد او شركة
ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله عند محمد رحمه الله هي شركة
عقد حتى اذا باعه احدهما نفذ بيعه في الكل وعند الحسن رحمه الله شركة
ملك حتى لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت
بهلاك المال كما لو هلكت قبل الشرى وانما بقي ما هو حكم المشترى وهو
الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك وجه قول محمد رحمه
الله ان هلاك احدهما بعد حصول ما هو المقصود من المال التام وهو
الشرى بها فلا يكون مبطلا لشركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان
الهلاك بعد الشرى بالمالين جميعا ويتفرع على ما ذكرنا اذا كان راس المال مكيلا
او موزونا وخلطاه واشتريا يكون المشترى بينهما ولم يذكر في الكتاب ان
الشركة بينهما بعد الخلط شركة ملك او شركة عقد وذكر في النوادر
ان على قول ابي يوسف رحمه الله شركة ملك وعند محمد رحمه الله شركة
عقد وفائدة الخلاف ما ذكرنا في بيع الكل وفائدة اخرى تظهر فيما اذا
شرطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند ابي يوسف رحمه الله ذلك
باطل والربح بينهما على قدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما
اشترطا ومحمد رحمه الله يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه

الا ترى ان المشتري بهما دينًا في الذمة صحيح فكان عينًا وان سمّى عينهما صحيح فكان
عينًا وان سمّى عينهما صحيح وكانت مبيعة وما يتردد بين اصلين يوفر حظه
عليهما فلشبهها العروض قلنا لا يجوز الشركة قبل الخلط ولشبهها بالاثمان
قلنا يجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اعتبار الشبهين بصفة اضافة
عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها على ثبوتها وهو الخلط لان الخلط
يثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد وابو يوسف رحمه
الله يقول ما يصلح ان يكون راس المال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط
وعدمه فكذا ما لا يصلح ان يكون راس المال لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه
وهذا لان قبل الخلط انما لا يجوز شركة العقد بها لانها سلعة فيتعذر راس
المال لا بد منه في الشركة واعيانها مبيعة واول التصرف بها يكون بيعًا
وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقررًا بالخلط لان الخلط لا يتقرر
الا في عين المخلوط المشترك لا يكون الا عينًا فيتقرر المعنى المفسد
لا يكون مصححًا والذي يقول محمد رحمه الله ان تحصيل راس المال عند القسمة
ممكن لانها من ذوات الامثال فيتحصل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود
فيه ومع ذلك لا يثبت الشركة العقد بينهما ولئن لم يتحصل بما اذا كان
راس مال احدهما حنطة وراس مال الاخر شعيرًا فالشركة لا تصح وان خلطا
وراس مال كل واحد منهما من ذوات الامثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح
لكن محمد رحمه الله يفرق فيقول عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار
المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الامثال الا ترى
ان من اتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته واذا لم يكن من ذوات
الامثال كان بمنزلة العروض اما اذا كان الجنس متحدًا كان المخلوط
من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس
مال كل واحد منهما من وقت القسمة باعتبار المثل ثم عند اختلاف
الجنس اذا باعا المخلوط والثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد
منهما يوم خلطاه مخلوطًا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك

ط

كل واحد منهما ملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة
ولكن مخلوطًا لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن بالبيع فيتبين صفة
ملك كل واحد منهما حين دخل في البيع وان كان احدهما يزيد بالخلط خيرًا فانه يضرب
بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان القيمة الشعير يزداد بالخلط
بالحنطة وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعير غير
مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب
به فيه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة حنطة لان النقصان حصل بعمل
هو راضٍ به وهو الخلط وقيمة ملكه عند البيع انقص فلا يضرب الا بذلك
القدر وطعن عيسى رحمه الله في الفصلين فقال قوله في الفصل الاول انه يضرب
قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط
والصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان
استحقاق الثمن بالبيع فانما يقسم الثمن المبيع على القيمة يوم البيع الا ترى
انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة يقسم الثمن على القيمة يوم البيع فكذلك
بعد الخلط الا ان يكون تأويل المسئلة ان يكون متحدًا وقت الخلط والقسمة
والبيع سواء قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة السرخسي
رحمه الله وعندي ما ذكر صحيح لان معرفة قيمة الشي بالرجوع الى قيمة مثله
مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار
قيمة ملك كل واحد منهما كما في جارية بين اثنين في جارية مشتركة اعتق
احدهما ما في بطنها يضمن نصيب شريكه معتبرًا بوقت الولادة لتعذر امكان
معرفة القيمة يوم العتق فصار الى تقويمه في اول احوال الامكان فكذلك
هنا يصار الى معرفة قيمة كل واحد منهما في اول اوقات الامكان وهو عند
الخلط لانه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما وينقص من مال الاخر فقد
تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما يوم الخلط فيعتبر زيادة ملك احدهما
ونقصان ملك الاخر فيعتبر القيمة وقت القسمة اعتبارًا عند الخلط مال
كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كأنه في المثل

ع

الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل واحد منهما بخلاف ما اذا لم يختلطا
لان تقوم ملك كل واحد منهما وقت البيع ممكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة
كل واحد منهما وقت البيع ولو لم يهلك احد المالين حتى اشترى صاحب الالف
جارية بالالف ونقد الثمن واشترى صاحب الدنانير غلاما ونقد الثمن
كان الغلام والجارية مشتركا بينهما على قدر راس مالهما يوم الشرى لقيام
الشركة بينهما وقت الشرى فلو هلك الغلام والجارية في يدهما يهلك
عليهما اخماسا لوقوع الملك فيهما اخماسا بينهما ويرجع صاحب الدراهم على
صاحب الدنانير بثلثة اخماس الدراهم ستماية درهم وصاحب الدنانير على صاحب
الدراهم بخمسي الدنانير اربعون دينارا لما ذكرنا ولا تقع المقاصة بينهما
الا بالتراضي لاختلاف الجنس ولو اشتريا بالمالين غلاما صفقة واحدة وقبضا ونقدا
من المالين كان بينهما اخماسا فلو هلك يهلك عليهما ولا يرجع احدهما على
صاحبه بشيء لان كل واحد منهما مشتر لنفسه وليس بوكيل عن صاحبه
فلا يستحق الرجوع على صاحبه لان حين اشتريا بمالهما صار كل واحد منهما
مشتريا لنفسه ماله فصار صاحب الدنانير مشتريا اخماس العبد لنفسه
وصاحب الدراهم مشتريا خمسيه ونقد كل واحد منهما الثمن من مال نفسه
فلا يرجع على غيره وهذا لان الاصل ان عقد الانسان يقع له لا لغيره وانما قلنا
بوقوعه له ولصاحبه عند افتراق الصفقة بطريق الضرورة وهي ضرورة تحقيق
الشركة في المشترى الذي هو حكمها من تحقيق عقد الشركة وفي الشركة
الصفقة الواحدة الغرض حاصل من غير تغيير الاصل وهذا لان كل واحد منهما
وكيل عن صاحبه في شرى النصف لان الوكالة ان لم تثبت نصا فقد تثبت
ضرورة ثبوت الملك المشترى مشتركا بينهما وفي الصفقة الواحدة
لا ضرورة لان الشركة في المشترى تثبت بدون الوكالة فلا تثبت الوكالة ولانه
اجتمع تصرف الموكل مع تصرف الوكيل فلا يعتبر تصرف الوكيل بخلاف ما اذا
تعددت الصفقة لانه لما اشترى لاحدهما وقع الملك مشتركا بينهما بعقده
ثم لما اشترى الثاني وقع الملك مشتركا ايضا بينهما بعقده فلا بد من اعتبار

جهة الوكالة فيرجع بما نقد عنه من ماله الوكيل ولو اشترى بالمالين غلاما وجارية
صفقة واحدة الغلام بالدنانير والجارية بالدراهم فهو بمنزلة ما لو اشتراهما في
صفقتين لان المشتري اثنان وقد سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة فتتعدد الصفقة
على ما ذكرنا في البيوع في المبسوط ولو اشتريا بالالف متاعا ثم اشتريا بالدنانير
متاعا فوضعا في احد المتاعين وربحا في الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس
اموالهما لان الوضيعة هلاك جزء من المال والربح نماء المال فيكون على قدر راس
المال بما لعقد ذلك لشرط صحيح وكذلك رجلان اشتريا متاعا بالف درهم و[illegible]
من حنطة على ان احدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن
فهذا الشرط يتغير لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما في الشرى يكون
عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقد من البدل وكذلك لو اشتريا
متاعا بكر حنطة وكر شعير فقال احدهما كر حنطة على ان له من المتاع بقدره
وقال الآخر الشعير على ان له من المتاع بقدره ثم باعا ذلك بدراهم فانهما
يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان وكذلك هو في ابطال
او يوزن قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسمان على القيمة
يوم الشرى لما بينا ان وقوع الملك في المشترى يعتبر قيمة مال كل
واحد منهما يوم الشرى فانما يملك كل واحد منهما من المتاع بقدر راس ماله
عند الشرى فاذا باعا ذلك فمن حصة كل واحد منهما يكون له كما في العروض
لو اشتريا متاعا بعرضين احدهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك بدراهم
اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشرى بها الا ان يكون اول
المسئلة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبني على
الثمن الاول لا على قيمة الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة راس مالهما
وقت القسمة بخلاف العروض فان المشترى بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة
انما يجوز بيع المرابحة في المشترى بماله مثل من جنسه فكانت القسمة على
قيمة العروض وقت الشرى بها لكن هذا التاويل بعيد فانه قال ثم باعا
ذلك بدراهم وقد نص على جواز بيع المرابحة بعد هذا فقال اذا اشتريا بالمال

او الموزون اعاه مرابحة اشترى في كل واحد منهما راس ماله الذي كاله او وزنه
ثم اقسما الربح على قيمة راس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بما يسمى
وان باعاه بربح عشرة احد عشر كان لكل واحد منهما راس ماله وحصته من الربح
على ما بيعا الا انهما اذا باعا بربح عشرة احد عشر فالربح من جنس اصل المال
تضعيفه واذا باعاه مرابحة بما يسمى فالربح على الثمن الاول فينقسم على قيمة
راس مال كل واحد منهما بيانه ما ذكر في المضاربة لو اشترى شيئا بالف
درهم بعد راس المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح من الغلة ولو باعه
بربح عشرة احد عشر فالربح من نقد راس المال كاصل الثمن وهذا الفصل
يبين ضعف التاويل الذي قلنا في مسئلة الطعن فانه قال هناك يقتسمان
الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان وعند ذلك في جميع الثمن
دون الربح قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والذي يحتمل بعد
التامل في تصحيح جواب الكتاب انه بنا على قول محمد رحمه الله ان شركة
العقد بالمكيل والموزون تثبت عند خلط المال على ما بينا الا ان الخلط اذا
كان في اصل المال يختلف الجواب باتحاد الجنس واختلافه لان تمام الخلط
عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشترى والمشترى مختلط بينهما
سوا اتفق جنس راس المال او اختلف فكان مشتركا بينهما شركة عقد وراس
مال كل واحد منهما ما اديه وهو من ذوات الامثال يجب تحصيله عند
القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف
العروض في شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال بل يكون حق كل واحد
منهما في بدل عرضه لانه لا مثل فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما
وقت الشرى واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ومن
احدهما الف درهم لا مال له غيرها من جنس النقود ومن الاخر مائة دينار
لا مال له غيرها من النقود وقيمة الدنانير الف درهم جازت الشركة
وان كانت اقل او اكثر لا يجوز لان شرط جوازها المساواة في راس
فيما يصلح ان يكون راس مال الشركة وفي الوجه الاول هذه شرط اجتمعت

شرائط جوازها فيجوز وفي الوجه الثاني فات الشرط فلا يجوز
وهذا استحسان لما ذكرنا ان الخلط ليس بشرط فيجوز بالدراهم والدنانير
وكذلك اذا كان راس مال احدهما بيضا وراس مال الاخر سودا وزفر رحمه الله
لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين وابو حنيفة قال لانه لو كان
لكل واحد منهما خصما على حدة قبل عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان هذه الشركة لا تجوز على البيض لا يختلطان
لان المساواة شرط هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية اعتبارا
يكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق
كالمساواة التي شرطت في مبادلة الاموال الربوية بجنسها وفي البيض والسود
كان بينهما تفاوت في الصرف لا يجوز استحسانا في ظاهر الرواية لعدم المساواة
وذكر اسمعيل بن حماد عن ابي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة
للجودة في الاموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في
الوزن قال عليه السلام جيدها ورديها سواء ووجه الاستحسان
ان الدراهم والدنانير جنس واحد حكما لان كل واحد منهما مخصوص بالزكاة
وبقيم المستهلكات وضمان المتلفات وارش الجنايات في عروف التجار
يعتبر المساواة في المالية والمعنى دون الظاهر واذا كانت الدنانير
اكثر او اقل او كان للبيض على السود فضل لا يصح المفاوضة ويكون
شركة عنان لان المفاوضة اعم من العنان فاذا ابطل العموم ثبت الخصوص
وهذا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الامكان واجب والعنان
قد يكون عاما وقد يكون خاصا فهذا عنان عام لكنه سماه بالمفاوضة فهو
لغو فاسد لانعدام شرط المفاوضة لكن لا يبطل به اصل الشركة
واذا تساوت قيمتهما حتى صحت المفاوضة ولم يشتريا شيئا حتى ازدادت
قيمة الدنانير او انتقصت بطلت المفاوضة وانقلبت عنانا لانه اعترض
بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتدا العقد لفوات المساواة
في راس المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورثت احدهما مالا يصح ان يكون

رأس مال الشركة وكانت الزيادة والنقصان هنا بمنزلة الهلاك في شركة
العنان وهذا لأن الزيادة والنقصان حصل في ملك صاحب الدنانير
حقيقة وحكما أما حقيقة فلا شك وأما حكما فلأنه لم يستحق شيء من
الدنانير حتى يعتبر زايلا عن ملكه حكما فبقي على أصلها بمال يصلح أن يكون
رأس مال الشركة لأن المساواة شرط صحيح في هذا العقد فيراعى في حال
بقائها كما يراعى في حال ابتدائها وكذا لو اشتريا بالألف جارية ثم ازدادت
قيمة الدنانير وانتقصت قبل الشرى لها انتقضت المفاوضة أيضا لأن
الدنانير على ملك صاحبها فكانت الزيادة والنقصان على ملكه وتكون
الجارية بينهما نصفين لأنه حين اشتراها كان عقد الشركة قايما بينهما فيقع
العقد لهما ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بنصف ثمن الجارية
لأنه اشترى نصفها له بحكم الوكالة وقد نقد الثمن من مال نفسه فله أن
يرجع عليه ولكل واحد منهما أن يبيع الجارية ويشتري في ذلك حرا على موجب
الشركة لأنهما أطلقت عيانا ولو اشتريا بالدنانير جارية قبل تغير قيمتها
والدراهم قايمة في يد صاحبها أو اشتريا بالدراهم والدنانير قايمة فالقياس
أن يبطل المفاوضة لكنه استحسن وجعل المفاوضة على حالها ووجه القياس
أنه يحصل صاحب الدراهم صاحب الدنانير فيما يصلح أن يكون رأس المال
المفاوضة لأن الدراهم كما بقيت على ملكه ولهذا لو هلكت كان الهلاك
عليه والجارية صارت بينهما نصفين إليه أشار في الكتاب حيث أشار في
ماله لأن الجارية صارت بينهما نصفين والدراهم لصاحبها ولا يتبين أنه
يجب لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم نصف الدنانير فلم يكن مال
صاحب الدراهم زايدا معنى لأنا نقول وإن كان كذلك لكن الدين ليس مال
التجارة والمساواة شرط فيما هو من مال التجارة ووجه الاستحسان
أن المفاضلة وإن وجدت صورة لم توجد معنى لأن الدراهم وإن بقيت
على ملك صاحبها لكن نصفها صار مستحقا لصاحبه مشغولا بدينه
لأن صاحبه استحق الرجوع عليه بنصف الثمن والمشغول بالدين كالمستحق

إذ المستحق المشغول كالزايل ولهذا منع وجوب الزكاة ونصف مال المستحق
به لصاحبه أيضا فكان كالزايل عن ملكه والمفاوضة كانت صحيحة فلا يبطل
بالشك ولأن هذا التفاضل ما لا يمكن الاحتراز عنه والمقصود بالمفاوضة من الربح
ولا يتأتى ذلك عادة إلا بالشرى بالمالين جملة لأنه قد يتفق ذلك وقد لا
يتفق ألا نرى أن المشروط في العقد هكذا يقول أن يشتريان جميعا شيئا
بما شاء من المالين لأنه عسى يجد شيئا لا يباع بالدراهم وعسى يجد شيئا لا يباع
بالدنانير فلو وسعنا جواز هذا العقد على الشرى بأي الصور أدى إلى
تفويت غرضهما من العقد فحملنا هذا القدر من التفاوت ضرورة حصول
المقصود من العقد وجعلناه عينا حكما وأمكن جعله دينا لأن الدراهم
وإن كانت على ملكه لكنها مستحقة الصرف إلى ما لزمه من الدين فصار في
الحكم كأن الشرى وقع بنصف المالين والفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى شبه
أول المسألة بالعوض أن المفاوضة عند اختلاف رأس المالين بهذه المسألة
فإن ثمة المفاضلة وجدت صورة ولم يوجد معنى لما صورة فإن الدراهم باقية
على ملك صاحبها فهو مالك ألف درهم وصاحب الدنانير لم يملك وصاحب
الدنانير ملك مائة دينار وصاحب الدراهم لم يملك فوجدت المفاضلة لكن
لم يوجد معنى لأن قيمة الدنانير مثل الدراهم كما في أول المسألة ولو اشتريا
بالمالين شيئا فهو بينهما فإن ازدادت قيمة الدنانير بعد ذلك أو انتقصت
فالمفاوضة على حالها أما المشترى بينهما فلأن الشركة قايمة بينهما وقت
الشرى بالمالين وأما بقاء المفاوضة بعد تغير الدنانير فلأن الزيادة والنقصان
حدث في ملك الغير أما إذا نقد الدنانير فلأنها زالت عن ملكه واتصل
ملكها إلى المشتري أيضا عليهما على السواء فصار في التقدير كأن الشرى
وقع بمالهما فلا زيادة حينئذ ولا نقصان في مال أحدهما وإن لم ينقد استحق
الإزالة عن ملكه فصار كالزايل وكذا لو اشتريا بالدنانير ولم ينقد ثمنه با
الدراهم حتى ازدادت قيمة الدنانير لأنها زادت على ملك صاحبها بعد استحقاقها
إلى المشتري فلم يتعدم المساواة فإن قيل أليس أنه لو

احدهما ما لا يجد المشتري المالين او وهب له مال فسدت المفاوضة قلنا نعم لكن
المساواة في ملك المال ينعدم هناك بما اختص به احدهما وهنا لا ينعدم لان
ملكهما يحول من المالين الى المشترى والمشترى بينهما نصفان فان قيل بين ذلك
بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشترى
يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة ايضا بظهور
الفضل في النصف قلنا نعم ولكن انما استوجب كل واحد منهما على صاحبه دين
عليه والدين لا يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فالمفاوتة بينهما في ذلك
لا تمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث احدهما او عرضا فلو اقتسما مال الشركة
اخذ صاحب الدنانير دنانيره وصاحب الدراهم دراهمه لان المعتبر في قسمة
الربح قيمة المالين يوم القسمة لانه ما لم يصل الى كل واحد منهما جميع رأس
ماله لا يظهر الربح وما بقي فهو بينهما لان ما بقي بعدما استوفى كل واحد منهما
رأس ماله ربح فيكون بينهما وان لم يتلف الثمن برأس مالهما اقتسما ما في ايديهما
نصفين لانه بدل المبيع لانه ملكهما ثم يرجع صاحب الدنانير على صاحب
الدراهم بنصف الدنانير وصاحب الدراهم على صاحب الدنانير بنصف الدراهم
لان كل واحد منهما في نصف ما اشترى وكيل عن صاحبه وقد نقد الثمن من
ماله فاستوجب الرجوع عليه هذا اذا اشتريا في صفقتين ولو كانا
اشتريا بالمالين صفقة واحدة اقتسما ما في ايديهما نصفين ولم يرجع احدهما على
صاحبه بشيء لان كل واحد منهما ما اشترى اشترى لنفسه لا لصاحبه بحكم
الوكالة فلا يستوجب الرجوع لما ذكرنا في شركة العنان ولو اشتركا
شركة عنان من احدهما الف درهم ومن الاخر مائة دينار قيمتها الف
درهم على ان الربح بينهما نصفان والوضيعة على المال جازت الشركة
والشرط عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا الشرط والربح
بينهما على قدر رأس مالهما وللشافعي رحمه الله قول ان الشركة بهذا الشرط
فاسدة لان عنده شركة الملك اصل وفي شركة الملك لا يجوز ان يستحق احدهما
شيئا من ربح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد واعتبر الربح بالوضيعة

فهي بينهما على قدر رؤوس اموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح
والدليل عليه شركة الوجوه لانا نقول ـــ استحقاق الربح بالشرط
قائما فيستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له لقوله عليه السلام المسلمون
وقال علي رضي الله عنه الربح على ما اصطلحا عليه المشترطان والوضيعة
على المال من غير فصل ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس اليه والحاجة ماسة
الى هذا الشرط لانه قد يكون احدهما اهدى من الاخر واحوق في التجارة فلا يرضى
ان يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وحرف صاحبه ثم الربح
يستحق بالعمل بدون المال وهو المضاربة فبالعمل مع المال ايضا والوضيعة
على الاصل الحال الا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة على
المضارب ولهذا نقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاضل في رأس
المال هنا لا يجوز لانه لو جاز انما يجوز التساوي على المضاربة على معنى ان
صاحب الزيادة يشترط جزءا من الربح للاخر بعمله فيه ومثل هذا
في المضاربة لا يجوز لان المال في ايديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي
المضاربة لو شرط العمل على رب المال او كون المال في يده لا يجوز لانه
شرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضى العقد ان يكون الربح على قدر الضمان
ولهذا لو سكتا كان الربح بينهما اثلاثا على قدر رأس مالهما فاذا شرطا المناصفة
فقد شرطا لصاحب الدنانير نصف سهم من مال صاحب الدراهم فلا يخلو
اما ان ذلك بمقابلة المال او الضمان او العمل ولا مال له ولا ضمان له في هذه الزيادة
ولا وجه ان يستحق بالعمل لانه عمل في محل مشترك بينهما فكان عاملا
لنفسه من وجه فلا يستحق بذلك شيئا بالاجارة والجواب عنه ما ذكرنا
من الحديث والمعنى وامكن تجويز الزيادة لانه كالمضارب في نصيب صاحبه
لانه يعمل في ماله بشيء يحصل من ماله فاذا كان له نظير في الشرع
وجب تجويزه الا ان في المضاربة يشترط التخلية بين المضارب وبين
رأس المال ليكون امينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط فاما موجب
الشركة ليس هو التخلية بين احدهما وبين المال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال

للشركة ثم حكم المضاربة هنا يثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء
حكما على وجه لا يجوز اثباته لحاله الثابته في ضمن المفاوضة ولهذا
لانه ليس بمضاربة بعوده حتى يكون التسليم شرطا فهي شركة فيها معنى
المضاربة فيجب مراعاة المعنيين جميعا بحقيق الشركة وبحقيق المضاربة
وذلك انما يكون بقيام المال في ايديهما بخلاف شركة الوجوه حيث لا يصح التفاضل
في الربح بعد التساوي في ملك المشترى لان الذي شرط له الزيادة ليس له في
نصيب راس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له ربح ما لم
يضمن وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وعلى هذا لو كان راس مال احدهما الفا
وراس مال الاخر الفان واشترطا ان الربح والوضيعة نصفان فالشركة صحيحة
واشتراط الوضيعة نصفان فاسد لانه شرط الضمان على الامين لكن لا يفسد
العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
انما يفسد الشرط ويبقى الوكالة فان وضعا فالوضيعة على قدر راس المال وان
ربحا فهو بينهما على ما شرطا لان اصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط
وان شرطا الربح والوضيعة على قدر راس المال والعمل من احدهما بعينه
جاز لان العامل معين لصاحبه في العمل في مال لم يشترط لنفسه شيئا من ربح
ماله كالمستبضع وان شرطا الربح نصفين والوضيعة على قدر المال والعمل
عليهما جاز لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا من ربح مال صاحبه
وهو السدس بعمله فيكون بمعنى المضاربة الا ان معنى المضاربة تبع لمعنى
الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فان عملا او عمل احدهما فالربح
على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد
كان العمل مشروطا عليهما فلا يتغير بتفرد احدهما باقامة العمل وكذلك
لو شرطا العمل على صاحب الالف لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل
فيه بشيء من الربح واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها
اقصى ما في الباب انه يعمل في شيء هو شريك فيه الا ان استحقاق
الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار

العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح
وان شرطا العمل على صاحب الالفين لم يجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه
جزءا من ربح ماله من غير ان يكون له فيه راس مال او عمل وذلك باطل فان استحقاق
الربح باعتبار المال او الضمان او العمل ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال
صاحبه والربح بينهما على قدر روس اموالهما لان العامل لم يطمع في شيء من ربح
مال صاحب الالف حين لم يشترط شيئا من ذلك لنفسه واذا صحت
الشركة عندنا فلو لم يشتريا شيئا حتى ارتفعت قيمة الدنانير وصارت
تساوي الفا ثم اشترى بالدنانير جارية ثم هلكت الدراهم فانها تهلك من مال
صاحبها والجارية بينهما نصفان اما هلاك الدراهم على صاحبها فلما ذكرنا
انها باقية على ملكه واما كون الجارية مشتركة بينهما لانه اشتراها حال قيام
الشركة واما كونها بينهما نصفين ولان قيمة راس المالين لتحصيل الملك لها في
مقدار المشترى تعتبر يوم الشرى وقيمة راس المالين يوم الشرى
على السواء ويرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بنصف الدنانير
وهو خمسون دينارا لما ذكرنا فان لم ترتفع قيمة الدنانير حتى اشترى بها الجارية
ثم ارتفعت وصارت تساوي الفا فالجارية بينهما على خمسة خمساها لصاحب
الدراهم لان قيمة ماله يوم الشرى كذلك ولا يعتبر ارتفاع الدنانير بعد
الشرى ارتفاعها قبله لانها اذا ارتفعت قبل الشرى فقد ارتفعت على ملكه
وقد وجد الشرى بناء على عقد الشركة منهما وبان يكون المشترى بينهما
نصفين واذا ارتفعت بعد الشرى فالشركة قد استقرت في المشترى وقد
وقعت الشركة فيه اخماسا ايضا ان عليها اخماسا فلا يتغير بعد ذلك ويرجع
صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسي الدنانير اربعون دينارا ولو لم
يهلك واحد من المالين وقيمة الدنانير الف درهم على حالها فاشتريا بالدراهم
جارية وبالدنانير غلاما ثم قبضاهما فان الجارية والغلام بينهما اخماسا على
قدر راس المالين فلو باعهما بالفين واراد القسمة اقتسما على خمسة اسهم ثلاثة اخماسه
لصاحب الدنانير وخمساه لصاحب الدراهم لان ملكهما في المبيع كذلك والثمن

في بيع المشاومة يتقسم على قدر الملك في المبيع لا على مقدار الثمن الا ترى انه لو
اشترى رجل نصف عبد بثمانية درهم واشترى رجل اخر النصف الباقي بمائتي درهم
ثم باعاه مشاومة بثلثمائة او بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفان لعينا وبهما في ذلك
المبيع الا ترى انه لو كان زمورد وناوهو وهو بعرض لا مثل له يجوز بيعه مشاومة
فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وقدر الملك منهما اخماسا فكذلك الثمن فصار
لصاحب الدراهم ثمانمائة درهم وهو خمسا الثمن ولصاحب الدنانير الف ومائتان
وذلك ثلثة اخماس الالفين وتبين انه لا ربح في الدراهم ولا في الدنانير ثم يرجع صاحب
الدنانير على صاحب الدراهم بخمسين دينارا وذلك ان يقوّم دينارا قيمته ثمانية
درهم لان قيمة الدنانير كانت الفا وثمانمائة بحسابها ما ذكرنا فصار له الف
وثمانمائة ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلثة اخماس الدراهم
وذلك ثمانية لانه بعد عنه هذا القدر بوكالته فصار في بيع الف وارباعمائة
ولا تقع المقاصة الا اذا تقابضا لان الجنس مختلف فصار في الحاصل في يد
صاحب الدنانير الف ومائتان وفي يد صاحب الدراهم ثمانمائة كل ذلك
راس المال وانما يحتاج الى المقاصة فيما لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم
اما فيما لصاحب الدراهم على صاحب الدنانير لا حاجة الى المقاصة لانه
وضع المسئلة فيما اذا باعها بالعين وفي يد صاحب الدراهم ثمانمائة اربعمائة له
واربعمائة لصاحبه فياخذها بعقد ويرجع بمائتي درهم وصارت الوضيعة اخماسا
ايضا لانه استقص من حق صاحب الدنانير ومن حق صاحب الدراهم مائتان
هكذا ذكر في رواية ابي سليمان رحمه الله هو الصحيح وذكر في عامة الروايات
ورواية ابي حفص رحمه الله القسمة اخماسا على ما ذكرنا لكن ذكر في المراجع
انه يرجع صاحب الدنانير على صاحب الدراهم بخمسين دينارا او يرجع صاحب
الدراهم على صاحب الدنانير باربعمائة درهم وهو جواب مسئلة اخرى وهم
محمد رحمه الله انه ذكرها هكذا قال ابو بكر القمي وحكي عن عيسى بن
ابان رحمه الله انه قال محمد رحمه الله عما ذكر في رواية ابي حفص رحمه الله فقال
جوابنا غلط وهو جواب مسئلة اخرى عدهن المسئلة وكثيرا ما نقول محمد رحمه

الله لهذا في كتبه فذكر عقيب مسئلة من الجواب ما لا يستقيم جوابا لمسئلته
ان هذا مسئلة اخرى ذكر مسئلة جوابا فكان الصحيح ما ذكر في رواية ابي
سليمن رحمه الله وقيل انه قال لعيسى رحمه الله عبرتم فعبرنا وقيل انه قال
له ذاك جواب مسئلة سقطت من الكتاب فصححوا كتبكم فصل كتاب فالجواب
ما ذكرنا في كتاب لم يصح فالجواب بخلافه لهذا اذا اشتريا الغلام والجارية
في صفقتين لو اشترياهما في صفقة واحدة بالمالين ثم باعاهما اقتسما على
حصته على ما ذكرنا ولا يرجع احدهما على صاحبه بشيء لان كل واحد منهما لم ينفرد
عن صاحبه بحكم الوكالة عنه شيئا لان كل واحد منهما ما اشترى من الغلام
والجارية اشترى حصته لنفسه عالم واحاجة الى اثبات الوكالة متى
كانت الصفقة متفرقة لبيت المشتركة ولو باعهما بثلثة الاف درهم اخذ
صاحب الدنانير من ذلك الف وثمانمائة دينار وصاحب الالف الفا وما بقي فهو ربح
بينهما لان الثمن يبنى براس المال هو زيادة فيقتسم بينهما على حصته ثلثة اخماسه
لصاحب الدنانير وذلك الف وثمانمائة كل خمس ستمائة وخمساه لصاحب
الدراهم وذلك الف ومائتان لان ملكهما في البيع كذلك لصاحب الدنانير
باخذ الفا وثمانمائة الف وخمسمائة عدل راس ماله ويبقى له ربح ثلثمائة
على راس ماله وصاحب الدراهم الفا وما بين يستوفي من ذلك وليس ماله
الباقي مائتا درهم ربحا على راس ماله فيظهر لك انقسام الربح على قدر
روس اموالهما اخماسا فيقتسمان الربح حينئذ بينهما نصفين كما شرطا
في العقد واذا اشترك الرجلان شركة عنان من احدهما الف درهم ومن
الاخر مائة دينار وقيمة الف على ان الربح بينهما نصفان والوضيعة
على المال ثم اشترى بالدراهم جارية وبالدنانير عبدا ثم زادت قيمة الدنانير
حتى صارت تساوي الفا وخمسمائة ثم باعهما بثلثة الاف درهم فقسمناه بنصفين
حصة كل واحد الف وخمسمائة ليستوفي منها صاحب الدراهم نصف ماله
خمسمائة وقد كان له على صاحب الدنانير خمسمائة فياخذها قصاصا
من حقه وبقي حصة الدراهم خمسمائة فهو بينهما نصفان ويستوفي صاحب

الدنانير من الف وخمسمائة بنصف راس ماله خمسين دينارا فقيمتها سبعمائة وخمسون
درهما ويرجع على شريكه بخمسين دينارا قيمتها سبعمائة وخمسون فيكون السبعمائة
والخمسون الباقية من حصة الدنانير لصاحب الدراهم ولا ربح في حصة الدنانير
وانما ننظر الى قيمة الدنانير في الشركة يوم يقع الشرى وفي القسمة يوم
يقتسمون لعلتين ذكرهما في الكتاب اما احداهما فيقسم بينهما نصفان لانهما اعلما ومه
فيقتسم على قدر ملكهما في المبيع وملكهما نصفان لان راس مالهما يوم الشري
كان على السوا فاذا اقتسما نصفين فالنصيب الذي هو صاحب الدراهم
يستوفي صاحب الدراهم منه راس ماله في ذلك وكان راس ماله في ذلك
خمسمائة نصف ما كان راس ماله يوم الشركة لانه نقد خمسمائة من
الالف عن نفسه في ثمن ما اشترى فيكون راس ماله فيه خمسمائة بعد
عن صاحب الدنانير بامره فصار ذلك دينا له وعليه وصار كانه
نقد ذلك صاحب الدنانير بنفسه فكان خمسمائة في الدراهم حصة
صاحب الدراهم وخمسمائة حصة صاحب الدنانير الا ان لصاحب الدراهم
على صاحب الدنانير خمسمائة فكان له ان ياخذ الخمسمائة التي هي لصاحب
الدنانير قصاصا عما له عليه لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه فصار
مستوفيا جميع راس ماله التي بعد ذلك في يده خمسمائة هذا ربح فيكون
لهما بينهما من حصة الدراهم واما من حصة الدنانير فنقول
في يده نصف الثمن ايضا وذلك الف وخمسمائة يستوفي منه نصف
راس ماله وذلك خمسون دينارا قيمته سبعمائة وخمسون لان قيمة الدنانير
يحصل راس المال انما تعتبر يوم القسمة فيكون لهذا القدر راس ماله
في حصة الدنانير لانه نقد هذا القدر عن نفسه بقي سبعمائة وخمسون
وذلك حصة صاحب الدراهم ان صاحب الدنانير نقد هذا القدر في
ثمن ما اشترى عن صاحب الدراهم فيكون نقده لثمن ويصير دينا له عليه
فيقال لصاحب الدراهم ادا الى صاحب الدنانير خمسون دينارا الذي
نقدها عنك بامرك في ثمن ما اشترى وخذ منه السبعمائة والخمسين

التي

التي تقبضت في يد صاحب الدنانير ولا يكون لصاحب الدنانير ان يحبسها قصاصا
عما وجب له على صاحب الدراهم لانه ليس من جنس حقه فيحصل لصاحب
الدنانير مائة دينار ولا يكون له ربح او نقول يستوفي صاحب الدراهم كل راس
ماله الف درهم ويستوفي صاحب الدنانير ماله مائة دينار فلا يبقى في الربح
في الدنانير وظهر ربح خمسمائة في يد صاحب الدراهم فيكون بينهما نصفين بحكم
الشرط هذا اذا اشتريا الغلام والجارية بالمالين صفقتين فاما اذا اشتريا
بالمالين غلاما وجارية صفقة واحدة ثم بلغت قيمة الدنانير الفا وخمسمائة
ولا ربح في حصة الدنانير وبقي من حصة الدراهم خمسمائة فهو بينهما ولا يرجع
احدهما على صاحبه لان كل واحد منهما نقد ماله عن نفسه لا عن صاحبه
على ما ذكرنا ولو اشتريا بالمالين عبدا وقيمة الدنانير الف فالعبد بينهما نصفان
لان قيمة مالهما يوم الشرا على السوا فان اعتقه احدهما يضمن لشريكه
نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في قيمته ان كان معسرا كما هو
الحكم في اعتاق العبد المشترك فان لم يعتق ولكن وهب نصفه لابن وهو
صغير في عياله او تصدق به على رجل وقبضه فهو جائز في نصيبه ونصيبه
النصف لانه وهب وتصدق مشاعا لا يحتمل القسمة ولا يعتبر زيادة
قيمة الدنانير ونقصانها في حق هذا الحكم لان بعد هذه التصرفات بحكم
الملك والموهوب لهما حكم الشري فينظر الى ملكه في العبد حال وجود التصرف
وهذا لانه زال ملكه عن نصيبه لا الى خلف فلا يبقى الشركة بينهما فيما
ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت لا يتغير حكم العتق او الهبة لان الشركة
في العبد قد تقررت على النصف لو لم يعتق ولم يهب ولكن باعا العبد بالفين
وقد رخصت قيمة الدنانير الى ثمانين فان الثمن يقسم بينهما نصفان لان ملكهما
في العبد على السوا ثم صاحب الدراهم نقد خمسمائة عن نفسه واخذها من
الالف ونقد خمسمائة اخرى عن صاحبه بامره فياخذ ايضا فاخذها قصاصا
لانه جنس حقه فلم يبق في يده ربح وصاحب الدنانير نقد مائة دينار وفي
يده الف درهم فياخذ قيمة خمسين دينارا الذي نقد عن نصيبه وذلك

اربعمائة لما ذكرنا ان الربح في حصة راس المال يوم القسمة لا بد عن صاحبه
خمسين دينارا ايضا وقيمتها اربعمائة فان شاء اخذ اربعمائة بدلا عن الدنانير
برضى صاحبه وان شاء رد على صاحبه واخذ منه خمسين دينارا فاذا لم ينظر في نصيب
بينهما حكم الشرط واستشهد محمد رحمه الله المفاوضة التي ذكرناها انهما اذا تفاوضا
وراس مال احدهما الف وراس مال الاخر مائة دينار قيمتها الف فاشتريا عبدا ثم
ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت لا تفسد المفاوضة ويكون العبد بينهما
نصفين ولو كانت الزيادة والنقصان بعد الشرى فقيل وجب ان تفسد لزيادة
القيمة ونقصانها بعد الشرى لان الشركة انعقدت بالشرى فلا تتغير بعد ذلك
رجل دفع الى رجل مائة دينار قيمتها الف وخمسمائة على ان يشتري بها وبالف
من عنده ويبيع فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفين جاز لان الدافع دفع
ماله مضاربة على ان يكون للمضارب من ربح ماله سدسه وله خمسة اسداسه
لانا انما كانت شركة صورة لاشتراط راس المال من الجانبين لكن لا يمكن
تصحيحها شركة لان العمل شرط على المدفوع اليه المال لا غير في الشركة
يكون العمل مشروطا عليهما فكانت شركة صورة مضاربة معنى وانما
ذكرنا ان اصل الباب ان من شرائط صحة الشركة ان يكون مضافة
الى مال عين وقت العقد او وقت الشرى والالف الذي شرط على
المدفوع اليه دين فلا يمكن تصحيحه شركة فيصح مضاربة وهذا يبين
قوله بالف من عندك انه لا يضمن الخلط فصار كانه قال دفعت
اليك هذه المائة مضاربة على ان تعمل فيها وبالف من عندك على
ان يكون الربح بيننا نصفين ولو نص على هذا كانت مضاربة لان
ما شرطا له سدس ربح ماله لانا لو سكتنا عن شرطنا نصف الربح
وقالا على ان ما رزق الله من ربح كان بيننا كان الربح بينهما اخماسا
على قدر راس مالهما فلما قالا انصافا فقد شرط للعامل الزيادة وذلك
خمسان ونصف فصار شرطا له نصف سهم من ثلثه اسهم من حصته
وذلك القدر وان تفرد بكلامه بانه قال اعمل في مالك ليكون لي ربحه

وهذه مشورة في مالك واعمل في مالي ليكون الربح بيننا على ستة اسهم خمسه
اسداسه لي وسدسه لك وهذه مضاربة صحيحة وطريق معرفته الحاجة
الى حساب له خمس ونصف لان المال بينهما اخماس واشتراط الربح نصفين
وتخرج الخمس والنصف عشرة فمال الدافع ثلثه اخماسه وذلك ستة ومال
المدفوع اليه خمسان وهو اربعة ولولا الشرط كان الربح بينهما اخماسا فبهذا
الشرط جعل له نصف الخمس وهو سهم من عشرة من ربح جميع المال او سدس
نصيب الدافع وانه شرط صحيح لانه شرط لا يمنع الشركة فلو لم يشتر
شيئا حتى هلك احد المالين هلك من مال صاحبه لان المال هلك في يد صاحبه
بعينه ولم يدخل في ضمان الاخر بالقبض بمنزلة ما لو هلكت الدراهم بقي
الدنانير مضاربة بما شرط الربح اسداسا وان هلكت الدنانير بطلت
المضاربة ولو اشترى بالمالين شيئا يكون المشترى بينهما اخماسا اعتبارا
براس المال يوم الشرى فان باع وربح اخذ كل واحد منهما راس ماله وربح
مال الدراهم للمدفوع اليه لانه ربح ماله ولم يشترط لغيره وربح الدنانير
بينهما على ستة بعقد الشرط فان لم يشتر شيئا حتى رخصت قيمة
الدنانير الى الف فاشترى بها وبالف من ماله جارية كانت الجارية
بينهما نصفين لاستواء راس مالهما يوم الشرى فلو باع الجارية بثلاثة
الاف يقسم الثمن والربح بينهما نصفين حتى لو باعها بثلثة الاف
درهم فنصف الثمن وهو الف وخمسمائة لصاحب الدراهم يحصل له ربح
خمسمائة من ماله ونصف الثمن والربح حصة صاحب الدنانير ياخذ
من ذلك راس ماله وذلك مائة دينار قيمتها الف درهم وخمسمائة ربح
فربح الدراهم للمدفوع اليه خاصة لانه ربح ماله ولم يشترط
لغيره الشرط لكان لا يستحق عليه لانعدام راس المال والعمل وخمسمائة
ربح الدنانير يكون بينهما على ستة ولا يعتبر شرطه بتغير راس المال
لان الربح انما يستحق بحكم الشرط ويوم الشرط كان راس مال
الدافع ازيد وقد شرط الربح نصفين فصار شارطا للمدفوع اليه

الربح من نصيبه فصارت مضاربة صحيحة ولا تتغير بنقصان المال حقيقة
هذا الشرط فلان لا يتغير بتغير السعر أدلى ولو كان المضارب اشترى
بالدراهم شيئا ولم يربح واشترى بالدنانير ربح خمسمائة فله سدس ما ربح في
الدنانير لأن الدافع شرط له ذلك ولو ربح فيما اشترى بالدراهم ولم يربح
فيما اشترى بالدنانير فالربح له خاصة ولا شيء لصاحب الدنانير لأن صاحب
الدراهم لم يشترط له شيئا ولو لم يشترط لكان لا يستحق لما قلنا ولو لم يربح
شيئا حتى انتقص قيمة الدنانير ورجعت إلى ثمانمائة ثم اشترى بها وبالألف
من ماله عبدا فإن خمسة أتساع العبد للمضارب وأربعة أتساعه لرب
المال لأن المعتبر في ثبوت الملك في المبيع قيمة المالين يوم الشرى ورأس
مال المضارب يوم الشرى ألف ورأس مال المضارب يوم الشرى ألف
ورأس مال الدافع ثمانمائة التفاوت بينهما بقدر مائتين فيجعل ذلك سهما
فصار الألف خمسة أسهم وثمانمائة أربعة أسهم فإن باعه بربح ألف درهم
استوفى كل واحد منهما رأس ماله لأنه وجد كل واحد منهما رأس ماله والمضارب
خمسة أتساع الربح خاصة لأنه ربح ماله وأربعة أتساع الربح حصة الدنانير
للمضارب سدسه ولرب المال ما بقي بحكم الشرط ولو لم يبع العبد حتى
زادت قيمة الدنانير فصارت ألفا ثم باع العبد بثلاثة آلاف درهم فإن
المضارب يأخذ خمسة أتساع الثمن لأن العبد كان بينهما أتساعا خمسة
أتساعه للعامل وأربعة أتساعه للدافع لأن قيمة رأس مالهما يوم الشرى
كذلك فيأخذ العامل خمسة أتساع الثمن وذلك ألف وستمائة وستة
وستون وثلثان يرفع من ذلك رأس ماله وذلك ألف وما بقي من ذلك
فهو ربح ماله فيكون له خاصة وصاحب الدنانير يأخذ أربعة أتساع الثمن
وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث يرفع من ذلك رأس ماله وذلك
ثمانمائة دينار وقيمتها ألف وما بقي من حصته وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون
وثلث بينه وبين المضارب على ستة سدسه للمضارب وذلك خمسة وخمسون
درهما ونصف درهم وجزء من ثمانية عشر جزءا من درهم وخمسة أسهم لرب

المال

المال وذلك مائتان وسبعة وسبعون درهما ونصف درهم وخمسة أجزاء من
ثمانية عشر جزءا من درهم لأنه كذلك ولو كانت قيمة الدنانير ألفا فاشترى
بها وبالألف من عنده عبدا ثم ازدادت قيمة الدنانير حتى تساوي ألفا
وخمسمائة فالعبد بينهما نصفان لما ذكرنا أن المعتبر لوقوع الملك في
المشترى قيمة المالين يوم الشرى وقيمتهما يوم الشرى على السواء فلا يبطل
ذلك بتغير السعر فلو باع العبد بثلاثة آلاف درهم فالثمن بينهما نصفان
لما قلنا للعامل نصفه وذلك ألف وخمسمائة ونصف لرب المال يأخذ
رأس ماله لأن قيمة رأس ماله يحصل رأس المال تعتبر يوم القسمة على ما مر
وقيمة رأس ماله يوم القسمة ألف وخمسمائة فلم يبق من مضاربته لم يحصل
فيها ربح رجل دفع إلى رجل مائة دينار قيمتها ألف على أن يعمل
بها وبالألف من ماله فما رزق الله تعالى فيه من شيء فهو بينهما نصفان جاز لأن
هذا استبضاع معنى لأنه وإن كان صورة الشركة لاشتراط رأس المال من
الجانبين لكن لا يمكن تصحيحه شركة لأن الشروط عمل أحدهما ولا يمكن
تجويزها مضاربة لأن الدافع لم يشترط للعامل شيئا من ربح ماله فجوز
ناها استبضاعا فصار كأنه قال اعمل في مالي على أن يكون ربح مالي كله لي
واعمل في مالك ليكون ربح مالك كله لك فيكون استبضاعا في الكل
فأما قوله وبالألف من مالك أنه لا يضمن الخلط بماله فإن لم يشترط
بها شيئا حتى زادت قيمة الدنانير فبلغت ألفا وخمسمائة ثم اشترى
بالمالين جارية فهي بينهما أخماسا ثلاثة أخماسها لصاحب الدراهم وثلثه أخماسها
للدافع لأن قيمة رأس ماله يوم الشرى كذلك فإن باعها بثلاثة آلاف
درهم استوفى كل واحد منهما رأس ماله لأن تقدم المرابحة أن العامل
قال للمستودع منه بعت هذا العبد بما قام فقدر رأس مالي في هذا العقد
وذلك مائة دينار وألف درهم وزيادة ألف درهم وهذا لا يصح من المرابحة
في الموزون والموهوب في المشترى أما الغرض لو صح بهذا كان لكل واحد
منهما وأخذ رأس ماله فيأخذ وما بقي من الربح وذلك ألف يقسم بينهما على

علي قدر راس مال الدافع يوم ظهر الربح وذلك الف وخمسمايه وراس مال
العامل وذلك الف فيقسم الربح بينهما اخماسا وكذلك لو باعهما مساومة
بثلاثة الاف درهم يقسم الثمن والربح بينهما علي قدر راس مال الدافع يوم ظهر
الربح وذلك الف وخمسمايه وراس مال العامل وذلك الف فيقسم الربح بينهما
اخماسا وكذلك لو باعها مساومة بثلاثة الاف درهم يقسم الثمن والربح بينهما
اخماسا لان ملكهما في المبيع كذلك فيقسم الثمن والربح علي قدر الملك لما ذكرنا
ان هذه بضاعة لم يشترط للعامل شيا من الربح من نصيب الدافع ولو لم يرد
قيمة الدنانير حتي اشتري المدفوع اليه بها وبالفين عنده عبدا ثم بلغت
قيمة الدنانير الفا وخمسمايه ثم باعه بثلاثة الاف درهم مساومة كان
الثمن بينهما نصفين لان ملكهما في العبد كذلك لاستواء راس مالهما يوم الشري
فياخذ العامل نصف المال الفا وخمسمايه فاستوفي من ذلك راس ماله الفا وما بقي
فهو ربح له واخذ الاخر نصف المال الفا وخمسمايه لان في بيع المساومة الثمن
والربح يقسم علي قدر الملك علي ما بينا فيستوفي من ذلك راس ماله وذلك
مايه دينار قيمتها الف وخمسمايه فلا يكون له ربح هنا اذا باع العبد مساومة
وان باعه مرابحة بربح الف درهم لان كل واحد منهما يوم القسمة وجد عين
ماله لما قلنا اشتري الف درهم ربح يقسم بينهما اخماسا لصاحب الدراهم خمساه
لان الثمن والربح في بيع المرابحة انما يقسم علي قدر راس مالهما يوم ظهور الربح
وراس مال احدهما يوم ظهور الربح الف وخمسمايه وراس مال الاخر الف فيقسم
الربح اخماسا وهذا لان الربح يبني علي ضمان البيع الاول كالثمن وضمان البيع الاول
عليهما بالدنانير والدراهم سواء صحة في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قسمة
الثمن الثاني دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما وصفقة او تولية
في حق الاخر وقد نصا دفعا علي بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن
الاول في ذلك بخلاف بيع المساومة ولهذا قلنا لو اشتري نصف عبد بمايه درهم
واشتري رجل اخر الباقي بمايتي درهم ثم باعاه بربح مايه درهم او قالا بالعشرة احد
عشر كان الثمن بينهما اثلاثا وكذا لو وليا رجلا براس المال او باعا بوضيعة

كذي فالثمن بينهما اثلاثا لان بيع المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار
الثمن الاول ومبني عليه والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذلك الثاني الا تري
انه لا يستقيم هذه البيوع في الموروث والموهوب بخلاف بيع المساومة ولو
دفع اليه مايه دينار قيمتها الف علي ان يعمل بها وبالف وخمسمايه من ماله مما رزق
الله تعالي من شي فهو بينهما نصفان فهذه بضاعة والربح بينهما علي قدر راس مالهما
وشرط مناصفة الربح باطل لانهما لما شرطا المناصفة في الربح لم يشترط
الدافع للعامل من ربح ماله شيا بل شرط لنفسه بعض ربح مال العامل وهو
سدس ربح ماله وذلك نصف سهم من ثلاثة اسهم فصار تقديره كانه قال
له الدافع اعمل بمالي علي ان يكون ربح مالي كله لي فيكون مستبضعا واعمل بمالك
ليكون ربح مالك بيني وبينك لانه لم يصح لانه شرط ربح مال صاحبه لنفسه
من غير عمل ولا ضمان فبطل الشرط فبقي بضاعة كانه سكت عن ذكر الشرط
وقال ان ما رزق الله تعالي من ربح فهو بيننا ولو قال هكذا كان الربح بينهما علي قدر
راس مالهما اخماسا فان اشتري المدفوع اليه بالمالين غلاما وباعه مساومة بثلاثة
الاف درهم يكون الثمن بينهما اخماسا للعامل ثلاثة اخماسه ولصاحب الدنانير
خمسان علل في الكتاب فقال لان المضاربة كانت فاسدة يريد به اذا لم يصح المضاربة
كان الربح علي قدر راس اموالهما وهذا لما ذكرنا ان الثمن في بيع المساومة عوض
عن الملك وملكهما فيه اخماس فكذلك الثمن وسوا تغيرت قيمة الدنانير يوم البيع
الفا هكذا كانت ياخذ كل واحد منهما راس ماله لانه وجد عين راس ماله فيستوفي
العامل الفا وخمسمايه والدافع مايه دينار وما بقي من الربح فللعامل ثلاثة
اخماسه ولصاحب الدنانير خمساه علي قدر راس مالهما فان لم يشتر المدفوع
اليه شيا حتي بلغت قيمة الدنانير الفا وخمسمايه ثم اشتري بالمالين عبدا
يكون العبد بينهما نصفين لاستواء مالهما يوم الشري فلو باعه مرابحة
بالف درهم اخذ كل واحد منهما راس ماله والربح بينهما نصفان لان الربح يقسم
علي قدر راس مالهما يوم ظهور الربح وراس مالهما يوم ظهور الربح نصفان ولو
باعه بثلاثة الاف درهم او باكثر مساومة فالثمن بينهما نصفان لان الثمن

والربح في بيع المساومة ينقسم على ملكيهما في المبيع وملكهما في المبيع نصفان
وكذا لو نقصت قيمة الدنانير بعد الدنانير فرجعت إلى ألف ثم باع العبد بثلثة
الاف درهم مساومة كان الثمن بينهما نصفين لأن المبيع بينهما نصفان ولو باع
مرابحة بربح ألف درهم استوفى كل واحد منهما رأس ماله ولو اقتسما الربح
على خمسة أسهم لصاحب الدراهم ثلثة أخماسه وخمساه للآخر لأن قيمة رأس
مالهما يوم ظهر الربح كذلك فينقسم على قدر الضمان ولو ازدادت قيمة الدنانير
بعد الشرى حتى صارت ألفا وخمسمائة فإن كل واحد منهما يأخذ رأس ماله والألف
الربح بينهما نصفين اعتبارا بحاصل الضمان وضمانهما سواء ولو انتقصت حتى خمسمائة
يوم البيع فإن كل واحد منهما يستوفي رأس ماله والربح ينقسم بينهما أرباعا ثلثة
أرباعه لصاحب الدراهم وربعه لصاحب الدنانير لما ذكرنا وفي النوادر ولو دفع
إلى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على أن له ربحها وعليه الوضيعة فهلكت
قبل الشرى فالقابض ضامن لها لأن المعطي يقرض المال منه حين شرط أن
الربح له والوضيعة عليه فهو استقراض أي أنه يعمل بها لنفسه وذلك
لا يكون إلا بعد الإقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان ولو قال اعمل بها
على أن الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل أن يعمل بها فلا ضمان عليه
في قول أبي يوسف لأنه أمره بالعمل بها على وجه الشركة والمال أمانة في
يد الشريك وثبوت حكم القرض في النصف هنا يقتضي الشرى لأنه
في النصف يصير مشتريا لنفسه فيما ينقد فيه من الثمن فيكون قرضا عليه
فلا يثبت ذلك قبل الشرى وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء وإذا هلكت
قبل الشرى بها فعليه ضمان نصفها للمعطي اعتبارا للجزء بالكل وهذا لأنه شرط
الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون إلا بطريق الإقراض فإن
المضارب لا يبرأ عليه من الوضيعة شيء فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمان
القرض يثبت بالقبض فكان النصف هنا بمنزلة الكل ثمة والله أعلم بالصواب

باب شركة الرجلين يكون بينهما الجارية أو الدار والشركة

عناية أصل الباب أن الدين إذا كان مشتركا بين اثنين فما قبض أحدهما كان للآخر

المطالب

يشاركه فيه سواء وجب بدلا عما هو مشترك بينهما كما لو باعا عبدا مشتركا
بينهما صفقة واحدة أو وجب بدلا عما ليس بمشترك بينهما كرجلين أسلما عشرة
دراهم إلى رجل في كر حنطة صفقة واحدة والعشرة غير مشتركة بينهما بأن
كانت الخمسة ملك أحدهما والخمسة ملك الآخر وإذا لم يكن مشتركا بينهما
فما قبض أحدهما يسلم له ولا يكون للآخر حق المشاركة كعبد مشترك بين
اثنين باع كل واحد منهما نصيبه من رجل بصفقة على حدة إلا أن يتحد محل الاستيفاء
ويزدحم الحقان وضاق المحل عن إيفائهما بحيث تثبت الشركة حتى إن ما يقبضه
أحدهما كان للآخر أن يشاركه فيما قبض أما الأول فلأن السبب متى كان
متحدا كانا شريكين في السبب ومتى كان متحدا كانا شريكين في السبب فيثبت
في الحكم ولأنه دين واحد فيجب القول بالشركة تحقيقا للاتحاد وأما الأخير فلأنه
لم تثبت الشركة في السبب لأن كل واحد منهما انفرد بالسبب فلا تثبت الشركة
في الحكم ولأنهما مالان مختلفان فلا يشتركان فيما إذا استوفاه أحدهما إلا إذا
اجتمعا في محل واحد وضاق المحل عن إيفائهما بحيث تثبت الشركة بينهما ضرورة
ازدحام الحقين في محل واحد كالتركة إذا اجتمعت فيها الديون وفي العبد أو المدبر
أو أم الولد إذا جنى جنايات موجبة للمال وفي الحر إذا قتل جماعة والعبد المديون
إذا بيع برضا الغرماء والثمن لا يفي بحقوقهم وهذا لأن في الفصل الأول لو لم
تثبت حق المشاركة كان فيه قسمة الدين قبل القبض وأنه لا يجوز لما ذكرنا
وفي الفصل الثاني لو لم يختص به الغائب يثبت فيه الشركة قبل القبض وفيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وأنه لا يجوز ولهذا قال أبو حنيفة
ومحمد رحمهما الله لو أسلم رجلان إلى رجل في طعام فصالح أحدهما على رأس ماله
فالصلح موقوف فإن أجاز الآخر جاز والمقبوض بينهما من الطعام مشترك
بينهما وإن لم يجز بطل لأن في هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض لأنه إن صالحه
عن نصيبه خاصة فلا يتحقق ذلك إلا بتمييز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا
هو القسمة وإن صالحه عن النصف من النصيبين فلا يملك تصحيحه بدون
إجازة الآخر لما وله نصيبه ونقضه أن وجوب المسلم فيه بعقدهما إذ هو

لم يكن موجودا قبل العقد والعقد منهما واحد فحل في احدهما في التصرف
فيه كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بالايجاب
الاخر لانه بين رجلين والمنفعة بين رجلين اذا زوجها احدهما لذلك ههنا
اذا كان البيع صفقة واحدة كان تمام البيع ولهذا لو وصل البيع في نصيب
احدهما دون الاخر لا يجوز فكان علة وجوب الثمن عندهما مشتركا بينهما
فما قبض احدهما يكون بينهما وحرف ______ اخر ما ذكرنا ان المال
المشترك اذا توى منه شيء يكون التوى على الشركة وما بقي يبقى على
الشركة وما بقي شيء لان احدهما يصرف الهلاك الى نصيبه ليس باولى من
الاخر وحرف ______ اخر ان ولد المغرور حر باجماع الصحابة رضوان
الله عليهم بالقيمة يوم الدعوى والمعنى فيه ان ولد المغرور في حق المستولد
حر الاصل وفي حق المستحق فانه رقيق مملوك له تملك الاصل وهو الجارية
لانه لا وجه لايجاب الضمان الا بهذا فان المال غير متقوم ليضمن بالاتلاف
وانما يضمن المملوك بالبيع بتصيير المغرور مانعا للولد عما ثبت فيه من الحرية
حقا له وهذا لان النظر من الجانبين واجب والنظر في جانب المغرور في حرية
الولد لانه لم يرض برقابه والنظر في جانب المستحق في رق الولد الا انه لا يبطل
حكم ما هو حر ومن ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور لمنعه بعد الطلب
ولهذا اعتبرت القيمة يوم الخصومة لان المنع انما يتحقق بعد الطلب ولانه
لو كان رقيقا مملوكا حقيقة لم يكن مضمونا قبل الطلب فان ولد المغصوبة
امانة عندنا فاذا لم يكن مملوكا اولى ان لا يكون مضمونا حتى لو مات قبله لا يجب
على الاب شيء ولا للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق
فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة هذا
كما قال ابو يوسف رحمه الله فيمن تزوج امراة على هذا العبد فاذا هو حر
فانه يجب عليه قيمته لو كان عبدا ولا يلزم منه الرق لانه يقدر القيمة
واذا كان سبب وجوب القيمة المنع وانه يتحقق بعقد القضاء بالقيمة
ينظر الى القضاء فان دفعه واحدة كانت القيمة مشتركة لاتحاد السبب

واذا دفع متفرقا فالرسل مشترك لاختلاف السبب فرق بين ولد المغرور
بالنكاح او الشراء من المولى اذا ادعى ولدا من جاريته ثم رجعت بعد الجاحد
وصدقه المكاتب يثبت النسب منه بقيمته يوم الولادة وان كذبه لا يثبت
النسب وان كان المولى مغرورا في الاستيلاد فان سبب ملك الجارية قائم له
وهو ملك رقبة المكاتب الا انه لم ينفذ الملك لمانع فيكون مغرورا كالمشتري
اذا استولد ثم استحقت ولا يقال لو كان مغرورا اوجب ان لا يتوقف
ثبات النسب على التصديق لانا نقول انما اعتبر التصديق لسبب الاعلاق
منه حتى لو كان وطء المولى ظاهرا لا يشترط تصديقه وفي مسالتنا لا يشترط
التصديق ويغرم قيمته يوم الخصومة والثالث ان المشتري اذا علم بعدم
الملك وغصب البائع لا يكون مغرورا ولا يثبت النسب منه والمولى
يكون مغرورا علم بعدم الملك لنفسه او لم يعلم اما الاول فلان المستولد
غاصب في زعم المستحق وولد المغصوبة امانة عندنا وانما يضمن بالمنع
بعد الطلب قبل الخصومة فيضمن يوم الخصومة اما المولى ليس بغاصب
في زعم المكاتب بل مستولدها على سبب الملك فتلف الولد باعتاقه
من وقت العلوق فكان سبب الضمان الاستهلاك عقيب العلوق
الا انه لا يمكن اعتبار قيمته قبل الولادة فتعتبر في اول اوقات الامكان
كاحد الشريكين في الجنين اذا اعتقه وهو موسر يضمن نصف قيمته يوم
الانفصال واما الثاني فلان المولى علم بحرمة الوطء فكان الظاهر عدمه
وعدم الاعلاق ولا يصدق فيه الا بتصديق المكاتب ومن الذي الوطء
حلال بزعم المشتري بناء على وجود الملك ظاهرا فلم يكن في الوطء الاعلاق
ممكنا بحكم الظاهر فلا يتوقف ثبوت النسب على التصديق واما
الثالث فلان سبب بيان النسب في الفصلين الغرور وفي المشتري اذا علم
المشتري بغصب البائع فقد علم ان المشتري ليس بسبب للملك من حيث
الظاهر فلا يكون مغرورا وسبب الغرور للمولى قيام ملكه رقبة
المكاتب وذلك قائم على كل حال فكان مغرورا في كل حال واذا عرفنا هذا

قال محمد رحمه الله جارية بين رجلين غصبها رجل وباعها من رجل
وهو لا يعلم بغصبه إياها فوطئها فولدت أولاداً ثم إن المغصوب
منهما أقاما البينة على أن الجارية ملكهما فإن القاضي يقضي بالجارية
بينهما نصفين وبعقرها وقيمة الولد يوم يختصمون أما الجارية فلأنهما استويا
في الدعوى والبينة فيقضى بينهما كما في سائر الدعاوى وأما العقر فلأنه
ظهر أن وطئه صادف ملك الغير والوطء في دار الإسلام لا ينفك عن
عقوبة أو غرامة وقد تعذر إيجاب الحد للشبهة فوجب العقر بينهما
وأما قيمة الولد فلما ذكرنا من إجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه اجتمع
فيه حقان حق المستحق وحق المستولد لما ذكرنا وتعذر مراعاة الجنس
فكان مراعاة حق المستولد في حريته ما به أولى لأن حقه في حريته ثابت
لو بطل بطل من غير عوض وحق المستحق لو بطل يبطل بعوض والإبطال
بعوض يعدله أقل ضرراً ولأن فيه مراعاة حق شخصين وإنما اعتبرنا
القيمة يوم الخصومة لأنه تعذر إيجاب القيمة يوم العلوق لأنه في
ذلك الوقت كان ماء مهيناً لا قيمة له وتعذر إيجابها يوم الولادة لأنه
لم يوجد منع يوم الولادة من المستولد إعتاقاً لأنه علق حر الأصل ولهذا
لم يكن للمستولد عليه ولاء وقال بعض العلماء رحمهم الله الولد مضمون
بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية لما روي عن محمد بن عبد الله بن
قسيط أن أمة أتت بعض المنازل فانتمت إلى بعض قبائل
العرب فتزوجها رجل من بني عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فوقع
ذلك إلى عمر رضي الله عنه فقضى بها لمولاها وقضى على أبي الولدان يفدي
أولاده بالغلام والجارية بالجارية وتأويله عندنا الغلام بقيمة الغلام
والجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة في المالية لا في الصورة فإنه يثبت
بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل كما قال عليه السلام في العبد
بين اثنين يعتقه أحدهما إن كان موسراً ضمن نصف قيمته وهكذا
روي عن عمر رضي الله عنه وعن الشعبي رحمه الله أن رجلاً اشترى جارية فولدت

منه فاستحقها رجل ورفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالجارية لمولاها
وقضى بأولادها لمولاها وقضى للمشتري على البائع أن يفكه ولده بما
عز وهان ولم يرد بقوله قضى بأولادها لمولاها أن يسلم الأولاد إليه
وإنما المراد جعل الأولاد في حقه كأنهم مملوكين له حتى أوجب القيمة
له على المغرور وأضاف ذلك إلى البائع بطريق أن قرار الضمان عليه فإن
المشتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الأولاد ومعنى قوله بما عز وهان
بالقيمة بالغة ما بلغت دل عليه ما ذكرنا من حديث عمر رضي الله عنه فإنه دل
على كونه حراً بعوض يأخذه المستحق من المغرور ثم المستولد لا يرجع
على البائع بالعقر عندنا وعند الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر عليه كما
يرجع بالعقر عليه كما يرجع بقيمة الولد لأنه ضمان لزمه بسبب فوت
السلامة المستحقة له بالعقد ولكنا نقول إنما يلزمه العقر عوضاً عما استوفى
من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفى له مجاناً والوطء في ملك الغير
لا يجوز أن يسلم للواطئ مجاناً ألا ترى لو ملكها مهراً أو صدقة أو وصية
واستولدها ثم استحقت كان الولد حراً بالقيمة لأن الموجب للغرور
ملك مطلق للاستيلاد له في الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر
لو كان حقيقة كان الولد حراً فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد
أيضاً إلا أن هنا لا يرجع بقيمة الولد على الواهب عندنا وعند الشافعي
رحمه الله يرجع لأن الغرور قد تحقق منه بإيجاب الملك له في المحل [illegible]
إنما يملكه سواء كان بعوض أو بغير عوض ولكنا نقول مجرد الغرور
لا يكفي لإثبات حق الرجوع فإن من أخبر إنساناً أن هذا الطريق آمن
فسلكه فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشيء إنما يثبت
حق الرجوع باعتبار حق المعاوضة لأن صفة السلامة تصير مستحقة
فأما العقد التبرع لا تصير صفة السلامة مستحقة ولهذا لا يثبت به حق
الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المغير بقيمة الأولاد وهذا لأن
عقد التبرع لا يلزمه شيئاً لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه ألا ترى

ان الملك لا يحصل به قبل التسليم لكيلا يلزمه ضمان التسليم فان قضى القاضي بالجارية
والعقر وقيمة الولد يوم الخصومة وقبضا الجارية لم يقبضا العقر وقيمة الولد
حتى غاب احدهما وقبض الحاضر نصف العقر ونصف قيمة الولد ثم حضر الغائب
فهو بالخيار ان شاء شرك شريكه فيما قبض واخذ منه نصف ما قبض ثم يرجعان
على المشتري بما بقي فيكون بينهما وان شاء سلم له ما قبض ويرجع على المشتري
بنصف العقر ونصف قيمة الولد اما الحاضر فيأخذ حصته لان العقر وقيمة
الولد مشترك بينهما نصفين لانه دين وجب لهما على الواحد بسبب واحد وهو
الوطء فكان له ان يأخذ حصته كما لو باعا منه عبدا مشتركا بينهما او اقرضاه
مالا مشتركا بينهما او استهلك مالا مشتركا بينهما واما حق الغائب فلان
القابض قبض دينا مشتركا بينه وبين الغائب وجب لهما بسبب واحد
وهو الوطء وقضى القاضي بقيمة الولد بسبب واحد وهو البيع واحد
الشريكين اذا قبض شيئا من الدين المشترك كان الساكت بالخيار
ان شاء شارك القابض لانه لو لم يثبت له المشاركة ادى الى ان ينفرد احد
الشريكين بالقسمة وانه لا ينفرد به سواء كان دينا او عينا وان شاء اتبع الغريم
لان اصل الحق كان عليه وهذا لان المقبوض ملك القابض لانه كان
خالص ملكه في الدين وقد قضاه الا ان للساكت حق المشاركة فاذا سلم
المقبوض للقابض فقد ابطل حقه في المشاركة وله ذلك فلو اراد ان يرجع
على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك لان المقبوض ملك القابض لما قلنا ولهذا
نفذ تصرفاته فيه ويلزمه حتى لا يكون للساكت نقضه وقد ملكه المديون
وصح قبضه الا انه لما حصل ذلك من استيفاء الدين وهو مشترك بينهما
لا يستقيم ان يفضل نصيب احدهما على نصيب الآخر فيثبت له حق المشاركة
لتحقيق المساواة بينهما فاذا سلم فقد رضي بالتفاوت وصار ذلك بمنزلة قسمة
الدين بعين نصيب احدهما وبين نصيب الآخر دينا ودخل فيه معنى المعاوضة
لان قضية الشركة ان يكون ما قبض مشتركا بينهما وما بقي مشتركا فاذا رضي
بالتسليم فانه يبيع نصيبه ما قبض بنصيبه مما بقي دينا وقد تم ذلك بالتراضي

فلا يكون له ان يرجع الا ان يتوى ما بقي على المشتري فحينئذ يرجع بما فعله من
العوض لان الساكت انما يسلم للقابض ما قبض بشرط ان يسلم له على الغريم
فاذا لم يسلم عاد حقه في المقبوض لانه انعقدت المعاوضة بينهما لما ذكرنا
فاذا لم يسلم له العوض ثم يرجع بالعوض كما في سائر المعاوضات وكما في الحوالة
اذا توي المال على المحتال عليه وكما في الصلح عن الدين على عين اذا هلك العين
قبل القبض والتوى ان يموت الغريم مفلسا عند ابي حنيفة رحمه الله لا غير وعندهما
هذا وان يفلسه القاضي ويحجر عن التصرف وصورة ذلك اذا ركبته الديون وطلب
الغرماء من القاضي ان يمنعه من التصرف في ماله مخافة ان يبذر ولا يقر بماله
لغيره فيتلف عليهم حقوقهم فالقاضي يحبسه ويجعله محجورا عن التصرف في ماله
لحق الغرماء حتى لا يجوز تصرفه بعد ذلك وهي مسئلة الحجر على الحر عند ابي حنيفة
رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز ولا يتبين القضاء بالتوى بغيره وعندهما ثبت
فرق بين الحجر بسبب الدين والحجر بسبب السفه والتبذير والحجر بسبب الدين
يظهر في المال القائم وقت الحجر لا فيما يحدث بعده والحجر بسبب السفه والتبذير
يظهر في المال القائم والحادث لان الحجر بسبب الدين انما كان لتعلق حق الغرماء بماله
كحجر الراهن لحق المرتهن وحجر القاضي يتعلق الغرماء بالمال الموجود فيقتصر
عليه اما الحجر بسبب السفه انما كان لفساد رايه فيظهر في الكل ويبطل
تصرفاته الا فيما يصح مع الهزل ولو اقام المستحقان البينة على الجارية فقضى
لهما بها فقبضاها ولم يقبضا العقر وقيمة الولد حتى غاب احدهما وحضر
الشاهد فان القاضي يدفع اليه نصف الجارية ويقضي له بنصف العقر ونصف
قيمة الولد لان ذلك حقه فيأمر بالدفع اليه ولا يمنع الدفع بغيبة الشريك
ولا يقضي بالكل لانه ليس بخصم عن الغائب فاذا قبض ذلك ثم حضر الغائب
ان شاء اخذ من شريكه نصف ما اخذ من الجارية والعقر ولا يشركه فيما اخذ
من قيمة الولد وان شاء سلم له ما قبض وتبع المشتري بنصف الجارية ونصف
العقر ونصف قيمة الولد اما الخيار فلما ذكرنا واما اخذ الجارية من الشريك
فلانها كانت مشتركة بينهما والغصب لا يمنع الشركة فيما قبض ويكون بينهما

كالمكيل او الموزون بعينه واذا كان مشتركا وغصبه غاصب ثم اخذ احد الشريكين
نصفه كان للآخر ان يشاركه فيه واما اخذ نصف العقر لانه بدل محل مشترك
بينهما وهو البضع فكان مشتركا بينهما كالثمن وارش اليد وقد وجب بسبب
واحد وهو الوطي من غير حاجة الي القضا ولهذا لو هلكت الجارية قبل القضا
كان للمشتري ان يطالب البايع لتحقق سببه وهو الوطي واما عدم اخذ القيمة
فلان ما اخذ من القيمة غير مشترك بينهما لان سبب وجوب قيمة الولد
المنع وقضا الولد المنع وقضا القاضي والمنع وجد في حق الشريك الاول
دون الثاني وكذا القضا لانعدام الخصومة منه ولهذا لو هلك الولد قبل
القضا لا يضمن المشتري قيمته ولو قضي للاول واستوفى الاول ولم يستوف
حتى مات الولد ليس للثاني ان يشاركه الاول فيما قبض ولا يقضي القاضي له بشي
ولهذا يعتبر قيمة الولد في حق الاول يوم القضا له وفي حق الثاني يوم القضا
للثاني فعلم ان سبب الضمان في حق الولد مختلف فكان بمنزلة دين وجب
بسببين مختلفين في الذات انه انما يتعلق ما لا بالقضا فاذا وقع جملة اشتركا
والا فلا كما في البيع فان حقهما انما ينتقل من العين الى الثمن بالبيع فان كان البيع
وقع جملة فانهما يتحاصان فيه وان وقع متفرقا فلا لذلك القضا
بل اولى لان حقهما في البيع ثابت بوصف التاكد وههنا الاول لذلك لو حضر
الشريك قبل ان ياخذ الاول شيا وخاصم المشتري يقضي له بنصف الجارية
ونصف العقر ونصف قيمة الولد ثم ما قبض احدهما شيئا يشاركه الاخر
فيما قبض الا في قيمة الولد لما قلنا هذا كله اذا كانت الجارية قايمة
في يد المشتري فلو ماتت في يده ثم استحقها رجلان واقاما البينة انها كانت
لهما وقضي لهما ثم غاب احدهما وحضر الاخر فحكم العقر وقيمة الولد ما ذكرنا
انه على المشتري دون البايع لان العقر وجب بما استعمل من فرجها والمشتري
هو الذي استعمل فرجها وقيمة الولد عليه ايضا لانه هو المغرور وما قبض
احدهما من العقر شاركه الاخر وما قبض من قيمة الولد ان كان القضا وقع لهما
معا شاركه وان وقع متفرقا لا لما قلنا وان حكم الجارية فان القاضي يقضي له بنصف

قيمتها ان شا على البايع وان شا على المشتري لان نصف قيمة الجارية حقه وكل
واحد منهما غاصب في حقه فكان المغصوب منه بالخيار ان شا ضمن البايع لانه
غاصب وان شا ضمن المشتري لانه بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين
المشتري رجع المشتري علي البايع بنصف الثمن لانه لم يسلم له نصف المبيع حيث
استحق نصف الجارية فانه ضمن نصف القيمة بسبب استحقاق نصف الجارية
وهذا لان اداء الضمان يوجب الملك في المضمون فاذا ضمن نصف القيمة ملكها
من وجه المستحق فظهر ان البايع اخذ الثمن منه بغير حق فيسترد وان
اختار تضمين البايع سلم للبايع نصف الثمن لان البايع لما ضمن نصف
القيمة ملك نصف الجارية من وقت الغصب وبعد بيعه في النصف فسلم له
نصف الثمن ويأخذ الحاضر المشتري بنصف العقر ونصف قيمة الولد
سوا اختار تضمين المشتري بنصف قيمة الجارية او تضمين البايع اما
اذا اختار تضمين المشتري فلانه غاصب الغاصب والغاصب او غاصب
الغاصب يملك المغصوب باداء الضمان من وقت الغصب لا يملك الولد
فيبقى الولد على ملك المستحق فقد منعه المستولد وهو المشتري منه
يوم الخصومة واما نصف العقر فلانه متى اختار تضمين المشتري
فقد انفسخ البيع في نصف الجارية ولهذا رجع المشتري علي البايع بنصف
نصف الثمن فكان المشتري في هذا النصف واطيا ملك المستحق فيغرم
نصف العقر فان قيل البيع في النصف ان انفسخ لكن ملك المشتري هذا
النصف بالضمان من وقت الغصب وهو قبل علم الشري فظهر ان وطيه
في هذا النصف صادف ملك نفسه الا ترى انه لا يضمن الاكساب ولو اجاز
البيع لا يضمن العقر وان كان الملك يثبت عند الاجازة حتى يشترط قيام
البيع وقت الاجازة لصحتها مثل ما الغاصب انما ملك المغصوب عند ادا
الضمان بالغصب من وجه ولهذا يعتبر قيمتها وقت الغصب والملك
بالغصب ملك ضروري لا يظهر في حق الاسعا والا في المضمون لا يظهر
في المنفصل عنه ولهذا لا يظهر في حق الولد في ظاهر الرواية والعقر في

في معناه لانه بدل جزء مستوفى وبالاستيفاء ينفصل عن العين فاشبه الجزء المنفصل
او بدل الجزء المنفصل فلا يظهر الملك في حقه بخلاف الكسب والارش لانه ضمن
بدلها لان الكسب خلف عن المنفعة لان العين انما تقوم بمنافعه ويزداد قيمته
بزيادة المنافع القائمة بالذات وضمن بدل الارش لان المغصوب يتقوم يوم
الغصب بجميع اجزائه الذي كان قائما يوم الغصب فصار مضمونا كالذات
فظهر الاستناد في حق الكسب والارش ولم يظهر في حق الولد ومن لم يظهر
في حق مهر المستوفى بالوطي لانه في معنى الولد لانه منفصل عن الاصل
حالة الضمان فلم يضمن بازائه شيئا ولان عند الاستيفاء لم يكن المحل مملوكا له
فلو ثبت الملك انما يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم
لا في الفائت بخلاف الكسب والارش لان الارش بدل الذات وقد ضمن بدله
والكسب من اثار المعاني القائمة بالذات فاشبه الجزء المتصل والعقر
يشبه بدل جزء منفصل لانه مقابل بالمنافع المستوفاة التي لها حكم
الاجزاء والاعيان وبالاستيفاء ينفصل عن العين فالملك المضمون لا يظهر
في المنفصل ولان المضمون بالغصب المالية والمستوفى بالوطي ليس بمال
وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان الغاصب يملك الارش والعقر ايضا ادا
الضمان اذا هلك المغصوب في يده ولا يملك الكسب والولد وعن محمد
رحمه الله انه يملك الاولاد ايضا فرق بين الوصية والغصب اذا اوصى
ان يوهب جاريته لفلان او يتصدق بها على فلان او على المساكين ثم مات
فولدت وهي وولدها يخرجان من الثلث بعد الوصية فيهما وكذا الارش
والعقر والعبد الموصى بخدمته ولا يتعدى الى الكسب والغلة والفرق
ان الوصية عقد شرعي اضيف الى الجارية وحكم العقد اذا ثبت
في العين يثبت فيما يتولد منه وفيما كان من اجزائه تبعا والكسب
والغلة ليست من اجزائها ولا بدل من جزء وهو عين ما هو كسب ملكه
فلا يدخل في الوصية اما الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الضمان
عند اداء الضمان بصفة الاستناد فلا يوجب حقا قبل الملك لو ثبت الملك

في

في الزوائد انما يثبت تبعا للملك في الاصل وعند النقصان بالقيمة يملك المضمون
في الاصل مستندا الى وقت الغصب والمستند ثابت من وجه دون وجه
ولو ملكها من وقت الغصب من كل وجه كانت الزوائد كلها له ولو ملكها
وقت القضاء من كل وجه كانت الزوائد للمولى كما لو اشتراها وصحه
على قيمتها للحال فاظهرنا ملك الغاصب في الكسب والغلة ولم يظهر فيما عداه
توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى لان الملك في الكسب
والغلة اسرع ثبوتا من الملك في الولد الا ترى ان الغاصب اذا اجر المغصوب
كانت الاجرة له ولو استولدها ثم رد المغصوب كان الولد للمولى فلهذا
دخل الولد في الوصية ولا يدخل الغلة والكسب ولا يملك الغاصب الولد
ولهذا لان المستند له حكم الملك لا حقيقته ولهذا لا ينفذ عتقه وحكم
الملك يكفي لسلامة الكسب دون الولد الا ترى ان المكاتب يملك كسبه ولا
يملك ولده ويبيعه والولد فوق الكسب والغلة الا ترى ان ولد المكاتب
مكاتب بخلاف كسبه كالاب اذا اجاز البيع لان البيع تصرف شرعي سبب
للملك حال وجوده الا انه امتنع نفاذه لحق المالك فاذا اجاز نفذ من وقت
السبب بخلاف هذا اذا اختار تضمين المشتري او اذا اختار تضمين البائع
فكذا لا يظهر حكم الملك في حق العقر والولد وكان ينبغي ان يظهر لانه
لما اختار تضمين البائع ملك البائع من وقت الغصب ولهذا ينفذ بيعه لان
الملك في حق نفاذ البيع الى الغصب فعلا ملك المشتري بسبب مطلق
كانه ينفذ الاعتاق الا انه في حق العتق لانه يثبت مستندا فلم يظهر
في حق العتق عملا بالشبهين والعمل على هذا الوجه اولى من العكس
لان افتقار العتق الى الملك فوق افتقار البيع اليه ولهذا يملك المكاتب
البيع ولا يملك الاعتاق واذا نفذ بيعه في نصف الجارية صار المشتري
والبائع مالكين نصفه في هذا النصف وهكذا روي عن عيسى بن ابان رحمه
الله وحكاه عن محمد رحمه الله وقال عرضت هذه المسألة على محمد رحمه الله مرارا
واجاب هكذا وفي ظاهر الرواية يسوى بين الوجهين لان ملك المشتري

بنا علي ملك البايع في كان ملك البايع ضرورة فكان للمشتري ذلك
ولانا ذكرنا ان الملك لا يستند في حق المستولد في الوطي كما لا يستند في حق
العتق وان استند في حق فساد البيع ولان اخذ القيمة عوض اخذ الجارية ولو اخذ
جاريته كان له ان ياخذ العقر ـــــــ الفقيه ابو الليث رحمه الله
ويجوز ان يكون في هذه المسأله روايتان وفي قياس احدى الروايتين يجب العقر وفي
الرواية الاخرى لا كما قال في البيع الفاسد اذا اشترى جارية شراء فاسدا
ووطيها او علقت منه صارت الجارية مستهلكة حكما وللبايع ان ياخذ قيمة
الجارية ولا ياخذ العقر في رواية كتاب البيوع وفي رواية كتاب الشرب
ياخذهما كليهما فان قضى للشاهد بجميع ذلك فلم يقبضه حتى حضر الغايب
قضي له ايضا نصف العقر ونصف قيمة الولد لما ذكرنا وكل شي اخذ احدهما
من العقر كان للاخر ان يشاركه فيه ولا يشاركه فيما اخذ من قيمة الولد لما
ذكرنا ويخير الغايب في نصف الجارية ايضا يريد به بتضمين البايع والمشتري
كما قلنا في الشاهد فان اختارا جميعا تضمين البايع او المشتري فما قبض
احدهما كان للاخر حق المشاركة معه لان القيمة مشتركة بينهما لانها وجب
بدلا عن محل مشترك بسبب واحد وهو غصب البايع او غصب المشتري
فصار كما لو باعا عبدا بينهما نصفين صفقة واحدة وان اختار احدهما تضمين
البايع والاخر تضمين المشتري لم يشتركا في القيمة لان هذا دين غير
مشترك بينهما لان المحل وان كان مشتركا لكن السبب مختلف فان السبب
في حق احدهما غصب البايع وفي حق الاخر غصب المشتري فكان الدين
بمنزلة ما لو باع كل واحد منهما من العبد بصفقة على حدة رجل بنى دارا
وبنى فيها فاستحق رجل نصفها وقضي له امر المشتري بنقض البنا لانه ظهر
انه بنى على عرصة مشتركة بينه وبين غيره باذن شريكه فان لم ينقض البنا
حتى استحق اخر النصف الباقي من الدار وقضى لهما امر المشتري بنقض البنا
لانه ظهر انه بنى على عرصة مملوكة للغير بغير اذن مالكها والمشتري بالخيار
ان شا نقض فيأخذ النقض ولا يرجع علي البايع بشي مما انفق في البنا وان شا سلمه

ابط

الي البايع ورجع عليه بقيمته مبنيا اما له ان ياخذ نقضه لانه ملكه ومتى
اخذ لا يرجع علي البايع بما لحقه من زيادة غرم في زيادته ببانه لما رضي بنقض البنا
فقد ابرا البايع عن الزيادة ولانه لم يملكه شيا حتى يرجع عليه بضمانه واما له
ان يسلم الي البايع ويرجع عليه بقيمته مبنيا لانه لما باع منه فقد ضمن
له سلامة البنا الي الابد فاذا لم يسلم له ذلك صار مغرورا من جهته فكان
له ان يرجع عليه بقيمته البنا مبنيا كما يرجع على الغار بقيمة الولد فان
اختار تضمين البايع لا يكلف المشتري برفع البنا ومونة الرفع علي البايع
لانه ضمنه بقيمته مبنيا لا متفرقا وان اختار امساكه كلف المشتري
رفعه لانه ملكه هكذا ذكر ابو يوسف رحمه الله وهو غير مذكور في
الكتاب وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا اخذ النقض يرجع بنقصان
التاليف علي البايع لانه في عقد البيع شرط البنا له حيث زعم ان البيع
الذي جرى بينهما صحيح فصار غارا له حيث اطعمه سلامة البنا ولم يسلم
فيرجع كما في الولد الا انه بحر لانه ما بطل حقه اصلا لان اعيان ماله
قايمة بل استحقت بنقض البنا وهو نقصان فاحش وقد ذكرنا في النكاح
في النقصان الفاحش انه بخير ان شا امسك حقه الناقص ورجع بالنقصان
وان شا سلم الناقص وضمن المتلف قيمة ماله تامة ويسلم المضمون له لذلك
هنا هذا اذا كان البايع واحدا والمستحق رجلين او رجلا واحدا وان
كان المشتري واحدا والبايع اثنان من المشتري واستحقت من يدا له ان
يرجع عليهما بالثمن والبنا كما ذكرنا فان لقي احد البايعين بالخيار ان شا
سلم اليه نصف البنا ويرجع اليه بنصف قيمته مبنيا لانه اشترى
منه نصف الدار فاذا لقي الاخر رجع عليه بمثل ذلك لما قلنا هذا اذا
كان المشتري واحدا والبايع اثنان من المشتري واستحقت من يده
له ان يرجع عليهما بالثمن والبنا كما ذكرنا كما ذكرنا فان لقي احد
البايعين مثله ولو اشترى من رجلين واستحقت وبعض البايع ثم غاب
احدهما فلنا هذا ان يسلم نصف النقض الي البايع وياخذ نصف قيمته

مبيعًا لانه اشترى منه نصف الدار فكان مجهودًا في النصف فان قضي له بذلك
ولم يقبضه حتى حضر الآخر فقضي له بمثل ذلك لما ذكرنا انه اشترى النصف
فاذا قبض احدهما شيئًا من البائع من قيمة البنا لا يشاركه الآخر لان هذا الدين
غير مشترك بينهما لانه وجب لهما بسببين مختلفين لان حق كل واحد منهما تعلق
بعض البنا عليهما في نصف النقض الا ترى انهما لو ارادا ان ياخذا النقض ولم
يرجعا على البائع بقيمة البنا مبنيًا كان لهما ذلك وهذا لان البنا انما صار مالا
باختيارهما وقضى القاضي لانه لا حق لهما في القيمة قبل ذلك وانما كان حقهما
في البنا فانما ينتقل الى القيمة بالقضا والقضا مختلف كما قلنا في قيمة المولد
وهذا لان كل واحد منهما طالب البائع بالنقض منه فمتى كان الاختيار والقضا متحدًا
كان السبب متحدًا فيكون دينًا مشتركًا بينهما ومتى كان متفرقًا كان
السبب مختلفًا ولا يكون مشتركًا كما ذكرنا فان قيل اليس انه لو غصب
جارية مشتركة بين اثنين وماتت عند الغاصب ثم احد الشريكين طلب
حقه فقضى القاضي له بنصف القيمة على الغاصب ثم جا الآخر بعد ذلك
فقضي له بمثل ذلك فقبض احدهما شيئًا من قيمتها كان يشاركه الآخر وان
كان الانتقال من الجارية الى القيمة بالقضا والقضا مختلف قيل له اما عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الانتقال عند تعذر الهلاك بالغصب السابق
والغصب متحد ولهذا لا يجوز الصلح على اكثر من القيمة بغبن فاحش فكان
الدين مشتركًا بينهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله اختلف المشايخ رحمهم
الله على قوله منهم من قال ما ذكرنا من الجواب في الغصب قولهما اما عنده
فلا لان عنده انما ينتقل الى القيمة بالقضا ولهذا يجوز الصلح عنده على
اضعاف قيمته ومنهم من قال لا بل قول الكل والفرق لابي حنيفة رحمه الله
وهو ان الانتقال في الغصب وان كان بالقضا ولكن المعاوضة والمبادلة
حتى تثبت عند القضا يستند الى وقت الغصب لان الملك في المغصوب
يستند الى وقت الغصب ولهذا يعتبر القيمة يوم الغصب ويستند سببه
والغصب متحد فكانت القيمة مشتركة اما في مسئلة البنا فالمبادلة ــــ

مقصودة على حالة القضا لانه لم يوجد قبل القضا في حق البنا سبب الملك
فلا يمكن اثبات المبادلة في ذلك الوقت ولهذا يعتبر قيمة البنا يوم القضا
وقد اختلف القضا في المبسوط اذا كان دينا بين رجلين ووكل احدهما ما يقتضي
منه شيئا كان نصف ما اخذ لشريكه لان اصل الدين مشترك بينهما وقبض
وكيل احدهما كقبض الموكل بنفسه وللشريك ان ياخذ منه نصفه وان ضاع
العوض من الوكيل فللشريك ان يضمن صاحبه نصف ما اخذ الوكيل لان
الموكل صار قابضا بقبض وكيله فكان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد
الموكل وان كان وكله بقبض ماله بقبضه فهلك منه فللشريك ان يضمن
شريكه نصف ذلك كما لو قبضه بنفسه وان شا ضمن الوكيل لانه في قبض
نصيب الشريك متعد في حقه فكان له ان يضمنه نصيبه بتعديه ثم يرجع
الوكيل بما ضمن على الموكل لانه قائم مقام من ضمنه ولانه لحقه غرم فيما
باشر لامر الموكل فيرجع به عليه وذكر في نسخ ابي حفص رحمه الله ان للشريك
ان يضمن شريكه نصف ذلك ان شا وان شا ضمن الغريم ثم يرجع الغريم
بما ضمن من ذلك على الشريك قال ــــ شمس الائمة السرخسي رحمه الله
وهذا هو الاصح لانه اذا لم يجز قبض الوكيل في حقه في دينه الغريم على حاله
فانما يكون له ان يتبع الغريم دون الوكيل لان قبض الوكيل لم يصادف ملكه
ثم قبض الوكيل لم يصادف ملكه ثم قبض الوكيل ثم قبض الوكيل في حق
الموكل كقبضه بنفسه ولو قبض احد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم
ان الآخر رجع بحقه على الغريم كان للغريم ان يرجع بذلك على القابض لانه
انما دفع اليه المال على ان يسلم البراة عن جميع الدين ولم يسلم
فيستوي ان ياخذ الوكيل القبض او قبضه بنفسه عليه لانه عامل
ما شرع القبض بنفسه فيصح اقراره في حق الموكل ولو ان رجلين ادعيا
دارا في يد رجل وقالا ورثناها عن ابينا وجحدها الرجل ثم صالح احدهما من
حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فاراد شريكه ان يشركه في تلك
المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما في الدار فباع احدهما نصيبه

نصيبه لم يكن لاخوان يشاركه في ثمنه فكذا الصلح وليس للاخر ان ياخذ من الدار
شيا الا ان يقيم البينة لان ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لا يصير مقرا بالحق
المصالح فيما صالحه عنه كيف يصير مقرا بحق غيره فيما لم يتناوله الصلح عنه وذكر
ابن رستم رحمه الله في نوادره ان ابا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال
محمد رحمه الله لا يشاركه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان المصالح
بزعمه انما اخذ بجهة الميراث عن ابيه ولهذا كان مصدقا في دين
الاب لو ظهر عليه دين لا يختص احد الابنين بشي من ميراث الاب فكان
للاخر حق المشاركة معه باعتبار زعمه ولو صالح احدهما من جميع دعوتهما على
مائة درهم وضمن له تسليم اخيه فان سلم الاخ ذلك جاز واخذ نصف المائة
لانه كان موقوفا على اجازته وقد اجازه وان لم يجز فهو على دعوته ورد
المصالح على ذي اليد نصف المائة لبطلان الصلح في نصيبه برده ولو ادعى
دارا في يد رجل وقال هي لي ولاخوتي فاقر ذو اليد له ثم اشترى منه
نصيبه لم يكن لاخوته ان يشاركوه في شي من الثمن لانه انما اخذ العوض
عن نصيبه خاصة وابو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقال
لهذا بقية الورثة يتمكنون من اخذ نصيبهم من الميراث له اخذ العوض
عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يودي الى التخصيص بعض الورثة
في بدل شي من الميراث بخلاف الصلح وفي العيون من سماعه عن ابي يوسف
رحمه الله في رجلين لهما على رجل دين موجل فعجل نصيب احدهما فقبضه فنصيبه
والباقي لهما الى الاجل لان الحق لهما والعوض على الحصة والباقي على الحصة
لان نصيب احدهما لم يسقط من سماعه عن محمد رحمهما الله في رجلين لهما على
امراه الف درهم ثم ان احدهما تزوجها على حصته منها او استاجرها او
استاجر منها شيا فان شريكه في شي لو تزوجها على خمسمائة درهم او استاجر
منها دارا ثم جعل له الخمسمائة قصاصا فان صاحبه يشركه فيما يجب له
نصف الخمسمائة لان الاجارة بمنزلة الشري الا ترى انه لو استاجر بعبد
لا يجوز بيعه قبل القبض وقال محمد ليست الاجارة هنا بمنزلة البيع الا ترى

ان المريض لو استاجر اجيرا ونقده الاجر فللغرما ان يشركوه ولو اشترى شيا ونقده
الثمن فليس للغرما ان يشركوه لان في الاول انعقدت الاجارة والنكاح على الحصة
وفي الثاني انعقد على الخمسمائة فاذا جعله قصاصا وبمنزلة المقبوض والمقبوض
مشترك بينهما ذكر في بعض النسخ هنا الجناية المكاتب مكاتب قتل رجلا خطا
وله وليان فغاب احدهما وحضر الاخر وقدمه الى القاضي واقام البينة عليه فان
القاضي يقضي عليه بالقتل ولم يلتفت الى غيبة الاخر لان احد الورثة ينتصب خصما
في اثبات حق الميت ثم القاضي بالخيار ان شا قضى بكل القيمة بحضرة احدهما حقا للمقتول
وان شا قضى بنصف القيمة للحاضر ثم اذا حضر يقضي بنصف قيمة اخرى للاخر
وانما خيرناه لان هذا يصلح موجبا للجناية باعتبار العجز القايم للحال عن الدفع
وموجب الجناية حق الميت واحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة
لانهم اسوة عن الميت فكان احد الورثة بمنزلة احد وصيا الميت وذلك
ينتصب خصما عن الباقي فيما ثبت للميت وعليه وهذه القيمة تجب حقا
للميت ولهذا يقضى منها ديونه وينفذ وصاياه فكان للقاضي ان يقضي بخصومة
الواحد الا ان الحاضر لا يقبض الا نصفها لانه في القبض عامل لنفسه فلا يقبض
الا حصته كما لو ادعى دينا للميت واقام البينة بكل الدين ولا يقبض الا نصفه وكذا
لو ادعى دارا في يد رجل انها لابيه وان اباه مات وتركها ميراثا له ولاخيه الغايب
فانه يقضى بكل الدار حتى لو حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا يقبض
الحاضر الا نصف الدار لكن هنا لا يصلح موجبا للجناية من وجه باعتبار
انه عبد وموجب جناية العبد الدفع او الفدا واستقام جعل الدفع موجبا لا
جعل القيمة موجبا الا انه لما كان يعجز فتبين ان الموجب هو الدفع ولهذا لو عجز
قبل القضا كان الواجب هو الدفع او الفدا بالجناية المسالة الا ان للقاضي
ان ينقل الحق من الدفع الى القيمة عند مخاصمة الولي باعتبار العجز الظاهر ابتدا
كتقدير هذا الا ان بطريق الصرف فيقدر بقدر الضرورة والضرورة في حق
الذي يخاصم لا في حق من لم يخاصم واذا ثبت ان للقاضي ذلك فنقول ان قضى بجميع
القيمة وقبض الحاضر النصف ثم حضر الغايب فهو بالخيار ان شا اخذ نصف

للقيمة من المكاتب وسلم المقبوض للقابض وان شا شارك شريكه فيما قبض ويتبعان
الجاني بما بقي لان القيمة وجبت بدلا عن محل واحد بسبب واحد وهو القضا الا انها
وجبت بالقضا لا بنفس الجناية لان جناية المكاتب تتعلق برقبته وانما تصير دينا في
ذمته باحد الاشيا الاربعة اما بالقضا او بالصلح عن رضى او بالعتق او بالياس
عن الدفع من غير عجز وهو الموت عن وفا وصورة ذلك ان يجني ولد المكاتب جناية
موجبة للمال ثم يموت ويترك كسبا فان جنايته تصير دينا لانه بعد الموت
صار مايوس الدفع من غير عجز لان الاب على كتابته والولد يسعى بكتابة
الاب بدليل انه لو عجز ورد في الرق قبل احد هذه الاشيا يخير المولى بين
الدفع او الفدا ولو صارت دينا في ذمته لما امر بذلك وهذا لان حاله
موقوف بين ان يعجز فيكون المخاطب هو المولى وبين ان يعتق فيكون عليه
فاذا كان حاله موقوفا لا يصير جنايته مالا الا بالقضا الا ترى انه لو قضي
لاحدهما بنصف الدية ثم عجز قبل القضا للثاني يخاطب المولى بدفع نصفه
الى الثاني او الفدا بنصف الدية ويباع نصف الشريك الذي قضي له او
يقضي المولى عنه ان حقهما يختلف والمال انما وجب بالقضا فاذا كان القضا
متحدا كان هذا دينا بين ان حقهما يختلف والمال انما وجب بالقضا فاذا كان
القضا متحدا كان هذا دينا وجب لاثنين على واحد بدلا عن محل واحد بسبب
واحد فصار مشتركا بينهما في المبيع وبدل المغرور ولو كان القاضي قضي للحاضر
بنصف القيمة ثم حضر الغايب وقضي له لا يشارك الغايب على ما قبضه الحاضر
ويتبع الجاني بنصف القيمة لان الحق انما يتملك القيمة بالقضا والقضا يختلف
كما قلنا في البيع وبدل المغرور والبنا فان قيل ان اختلف القضا فالجناية متحدة
فوجب ان تعتبر الجناية كما في مسألة الغصب وكما لو قتل العبد رجلا خطا
فصالح المولى بعض الاوليا على اقل من الدية او على عرض او شي من الحيوان
بعينه كان لشركايه ان يشاركوه في ذلك بمنزلة ما لو كان القاتل حرا
وصالحه بعض الاوليا قيل له نعم في مسألة الغصب الشي متحد لما ذكرنا
انه يستند الوجوب الى وقت الغصب وهنا لا يستند الى وقت الجناية لان

موجب

موجب جناية العبد الدفع لا القيمة وانما يتملك القيمة بالقضا فيقتصر عليه
في المكاتب وفي العبد لان اصل الواجب بقتل العبد ما هو الواجب بقتل الحر وهو
الدية لانه بدل المتلف الا انه يتخلص بدفع العبد وكيف ما كان فهو بدل مال مشترك
بينهم واذا صالح احد الاوليا عن الدم المشترك كان للباقين حق المشاركة
بعد فيه الا ترى ان القتل من العبد لو كان عمدا وصالح احدهم على مال ليس
للباقين حق المشاركة وان كانت الجناية متحدة لوجوب المال مقتصرا على الحال
بالصلح قال ـــــ محمد رحمه الله الا ترى انه لو قضي لاحدهما بنصف القيمة
فقبض ولم يقبض الاخر شيئا حتى عجز فان المولى يخير بين دفع نصف العبد وبين الفدا
بنصف الدية فثبت بهذا ان حق كل واحد منهما انما يصير دينا بالقضا المكاتب
اذا قتل رجلين خطا لكل واحد منهما ولي فخاصمه ولي المقتول فانه يقضي عليه بقيمة
واحد منهما لان جنايات المكاتب وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لو كان
محلا للدفع لا يجب الا دفع واحد وكان العبد مشتركا بينهما فلو قضي بينهما
بالقيمة دفعة واحدة لو قضي لاحدهما بنصف القيمة ثم قضي للاخر بالنصف فقبض
احدهما شيئا لا يشاركه الاخر فيه وكان ينبغي ان يشاركه اذا انقضى لهما دفعة
واحدة لاتحاد السبب وهو القضا كما في الفصل الاول الا انا نقول
القضا وان اتحد لا يمكن القول باتحاد الحق والشركة لان اصل الحق الذي يقابله
القيمة غير مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلا بنفس على
حدة حين لم يكن المبدل مشتركا بينهما لا يكون البدل مشتركا ولذلك سبب
الوجوب مختلف ايضا وهو الجناية الا ترى انهما لو باعا عبدين من رجل صفقة
واحدة كل واحد منهما لاحدهما فقبض احدهما شيئا من الثمن لم يكن للاخر حق
المشاركة لعدم الشركة في المبدل كذلك هنا بخلاف المسألة الاولى لان ثمه
اصل الحق متحد عبد قتل رجلا خطا وله وليان فغاب احدهما وخاصمه الاخر
واقام البينة فان القاضي يقضي بالدم كله في رقبة العبد لان هذا الحق يثبت
للميت واحد الورثة ينتصب خصما في ذلك ويخير المولى بين الدفع او الفدا
في حق الحاضر وانهما اختار فهو اختيار في حق الشريكين حتى لو حضر الاخر

لا يجبر انا ولو استوى في الاول يتشاور العبد او الفدا ثم حضر الاخر كان له
ان يشاركه فيما فعل جعل اختيار الفدا في حق احدهما اختيارا في حق الاخر
هكذا ذكر في كتاب الدور فانه قال لو ان عبدا الرجل قتل رجلا خطا وله
وليان فدفع نصفه الى احدهما والاخر غائب ثم مات العبد ثم حضر الغائب
والامال للمولى يرجع على القابض بربع قيمة العبد لانه قبض نصفه لنفسه
فكان مضمونا عليه وانما يسلم ذلك النصف داخل النصف الاخر لشريكه
ولا ضمان على المولى للغائب لان الحق في النصف الباقي كان في رقبة العبد
وقد فات فبطل بفوات محله وحكم ضمان المولى لم يذكر في الكتاب والاصح
انه ان دفع بقضا القاضي فلا ضمان عليه وان كان دفع بغير قضا فللغائب
ان يضمن ايهما شاء ربع قيمة العبد المولى بالتسليم والقابض ولو كان المولى فدى
النصف من الشاهد بنصف الدية ثم مات العبد فانه يسلم نصف الدية
بينهما نصفين ثم ياخذان من المولى نصف الدية فيقسمانه لانه اذا اختار
من احدهما فهو اختيار من الاخر لان النفس واحد فانه حضر فهو خصم عن
جميع الورثة واختياره الفدا لحضور احدهما بمنزلة اختياره بحضرتهما وهذا لان
الفدا تحول الحق من الرقبة الى ذمة المولى وهو غير محتمل للتجزي في التحول من الرقبة
الى الذمة لان الدفع مع الفدا لا يجتمعان بسبب جناية واحدة على محل واحد
لان احدهما اصل والاخر خلف عنه والخلف مع الاصل لا يجتمعان فلهذا اذا اختار
دفع الدية الى احدهما يكون اختيارا للفدا في حق الاخر وما فعل الحاضر من الفدا
شركة الاخر لان الفدا انما وجب لهما على واحد بسبب واحد لانا ان نظرنا
الى الجناية فالجناية واحدة وان نظرنا الى الاختيار فالاختيار واحد لانه اختياره
الفدا الى احدهما يصير مختارا في حق الاخر ولو دفع النصف الى احدهما واختار
الفدا في حق الاخر ذكر في الجامع والدور ان اختيار الدفع الى احدهما اختيار
في حق الاخر وذكر في كتاب الصلح ما يدل على ان اختيار الدفع في حق احدهما
لا يكون اختيارا في حق الاخر واختيار الفدا يكون اختيارا لانه قال لو جنت
الامة جناية بان قتلت رجلا خطا وله وليان ثم ولدت ولدا فصالح المولى احد

الاثنين على ان دفع اليه ابن الامة بحقه من الدم فهو جائز وللاخر على المولى
نصف الدية خمسة الاف درهم لان حق اولياء الجناية لا يثبت في ولدها لما عرف
ان هذا الابن عوض كما لو في عينها فصلحه مع احدهما على ولدها كصلحه على عبد اخر
وذلك منه بمنزلة اختيار الفدا واختيار الفدا في نصيب احدهما اختيار في نصيب
الاخر لاتحاد الجناية ولو صالحه على ان دفع اليه بنت الامة بحقه من الدم جاز ويدفع
الى شريكه نصف الامة او يفديه بنصف الدية فلم يجعل اختيار الدفع
في البعض اختيارا في الكل فانه في بعض الروايات ان اختيار الفدا في حق
احدهما اختيار في حق الاخر واختلف في الدفع قال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله والاصح ما ذكر في الجامع والدور وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف
الوضع وضع المسألة فيما اذا دفع شيئا الى الحاضر فانه على تلك الرواية في الفدا
يصلح ابنا لحقته على الكمال ان كانت قيمة الولد خمسة الاف درهم حتى لو
كانت اقل منها لا يكون اختيارا وفي الجامع وضع فيما اذا دفع نصف العبد
الى الحاضر وهذا لان الاختيار بصفة النقصان في حق احدهما لا يكون رضى
بالتزام حق الاخر على الكمال لان له ان يقول انما اخترت الدفع في نصيبه لانه
يجوز بدون حقه وانت لا ترضى بفعله حتى تسليم جميع حقك اليك من الامة
للتزم الخيار في نصيبك كما كان حتى لو صالح احدهما على نصف الامة كان
اختيارا منه للدفع في نصيب الاخر لانه اذا اختار ايفا حق احدهما كاملا جاز
ان يلزمه ذلك في حق الاخر ايضا لانه واحد لا يتجزى فمتى وجب لاحدهما
وجب كاملا لانه من باب التعيين فمتى عين احدهما فله ولاية التعيين بعين
واختيار من الاصل كاملا والذي بين ما ذكر في الدور ان الجواب سوا ان
اختار دفع النصف الى احدهما لا يكون اختيار الدفع في حق الاخر لانه قال
دفع النصف الى احدهما واختيار الفدا في النصف الاخر فصارت على
روايتين وجه رواية الصلح وهو ان الحق قد تفرق بين الوليين فصار لكل
واحد منهما نصفه ويجعل هذا في حق الحكم كجناية العبد على شخصين فلا
يكون اختيار المولى الدفع في نصيب احدهما اختيارا للدفع في نصيب الاخر

وجه رواية الجامع ان الاولياء يقومون مقام الميت والحق الحاصل
للميت فهم جميعا كشخص واحد في حق ذلك فيكون اختيار في حق البعض
اختيارا في حق الكل وقيل في المسئلة روايتان في رواية الجامع والدرر جعل هذا
من باب التعيين لان الواجب احدهما غير عين وفي رواية الصلح جعل اختيار
الفداء من باب التعيين ولم يجعل الدفع من باب التعيين بل هو الواجب الاصلي والفداء
مخلص فصار وجود الاختيار وعدمه بمنزلة فيما يرجع الى الدفع وكان احدهما
ساكت غير معين ولو كان الاختيار قائما في حق الغائب فاذا كان الحق واحدا
على رواية الجامع فما قبض احدهما يشاركه الاخر ولما كان مختلفا على رواية
الصلح فما قبض احدهما لا يشاركه الاخر على التفصيل الذي ذكرنا وكان
الموجب الاصلي هو الدية لكونه بدلا عن الغائب لكن بعد الايجاب لكونها
صلة وكان الموجب الاصلي في حقه الدفع ومتى فدى المولى فقد امكن اظهار
الموجب الاصلي وهذا الفداء فكان كل واحد منهما موجبا اصليا في حالة الا
ان يكون احدهما خلفا كما في فرض الزوجات ثابتا اختيارا فقد اظهر الحكم
الاصلي لو كان العبد قتل رجلين ولكل واحد منهما ولي فخاصمه احدهما واختار
المولى دفع النصف او الفداء لا يكون اختيارا في حق الاخر بالاجماع لان
الجناية متى اذا اختلفا صار لها موجبان مختلفان والمحل غير مشترك ايضا
والعفو مختلف وكذا لو كان النقصان متحدا لاختلاف المحل والموجب حتى لو استوى
الاول ثم حضر الاخر ليس له ان يشارك الاول فيما استوفاه المدبر
اذا قتل رجلا خطأ وله وليان فقضي لاحدهما بنصف القيمة يشركه
الاخر فيه وان تابع المولى هذا ظاهر فيما اذا قضي له دفعه واحد
وكذا ان وقع القضاء له متفرقا لان جناية المدبر توجب القيمة بنفسها
بصفة اللزوم ولا مدخل للقضاء به في وجوبها بل هو من باب الاعانة على
استيفاء الحق فوقعت الشركة بينهما لاتحاد الجناية والمحل فكان دينا مشتركا
بينهما وهو كثمن العبد المأذون المديون والتركة اذا اجتمعت فيها ديون
هذا اذا قتل رجلا واحدا وله وليان وكذا لو قتل رجلين ولكل واحد منهما

ولي فقبض احدهما نصف نصف القيمة كان للاخر ان يشاركه فيه لان الواجب
له قيمة واحدة نصفه الاشتراك قائمة مقام الرقبة فرق بين هذا وبين
المكاتب فانه اذا قتل رجلين ولكل واحد منهما ولي فقضي لولي احدهما بنصف القيمة
فانه لا يشاركه الاخر والفرق ان موجب جناية المدبر وجوب القيمة على
المولى ابتداء لانه مملوك له من كل وجه فكان القضاء اظهارا لما وجب بالجناية
واعانة على استيفاء الحق والواجب بالجناية مشترك بينهما لان جنايات
المدبر وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة لان المولى انما يضمن بسبب منع
الرقبة على وجه لا يصير مختارا للفداء لانعدام الجناية وقت التدبير والمولى لم
يمنع الا رقبة واحدة فلا يجب عليه الا قيمة واحدة واما جناية المكاتب تتعلق
برقبته وانما يصير دينا بالقضاء لان حاله مترددة بين القيمة والدفع والفداء فاذا
قضى لاحدهما بنصف القيمة فقد تحول حقه من الرقبة الى القيمة وبقي حق الاخر
في الرقبة فان قيل جناية المدبر وان كانت موجب القيمة من الابتداء الا
ان القيمة مشتركة بينهما بسبب مختلفين لانها وجبت بجنايتين على محلين فوجب
ان لا تكون القيمة مشتركة بينهما كما في العبد فان الدفع وجب بنفس الجناية
ومع هذا لا يشاركه الاخر قيل له نعم القيمة وجبت بجنايتين الا ان حق ولي
الجنايتين اجتمعت في قيمة واحدة وضاق المحل عن ايفاء الحقين لان حق كل
واحد منهما في جميع القيمة الا ترى لو عفا احدهما استحق الباقي منهما جميع
القيمة والحقان اذا اجتمعا في محل واحد وضاق المحل عن ايفائهما وقبض احدهما بادي
من الاخر صار المحل مشتركا وان اختلف السبب كما في التركة المستغرقة
بالدين بخلاف العبد لان الحق غير ثابت في محل واحد على سبيل اللزوم فان
قبل القضاء في المكاتب اجتمع الحقان وضاق المحل عن ايفاء الحقين في حق كل
واحد منهما في جميع الرقبة حتى اذا عفا احدهما كان حق الاخر في جميع الرقبة
ثم لم تثبت بينهما شركة في الواجب بالجناية اذا اختلفت الجناية قيل
له سبب الشركة اذا اضاف المحل في جناية المكاتب ايضا بان عجز ورد
في الرق سبب الشركة بينهما في رقبته حتى اذا قبض احدهما شيئا من قيمته

لعبد العجز لان للاخوان يشاركه فيه فاما القيمة فلا صورة فانه يجوز ان
يجب على الجاني قيم بسبب جنايات مختلفة لان الجاني اذا قضى عليه بالقيمة
ثم جنى جناية اخرى يجب عليه قيمة اخرى وليس لولي الجناية الثانية ان
يشارك الاول فيما يقبض من القيمة عبد قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح
المولى احدهما على الف درهم لم يشركه الآخر لان الشركة بين الوليين
كانت في القصاص لان موجب العمد هو القود عندنا عينا بوصف اللزوم
فمتى صالح احدهما عن القصاص الى الدراهم بالصلح وصار حق الآخر مالا بعد تمام
الصلح ضرورة تعذر الاستيفاء فصار حقهما مالا بسببين مختلفين ولا يكون
الدين مشتركا بمنزلة عبد مشترك اذا وجب لصغيرين وجب ولو
صالحهما جميعا على الف درهم اشتركا فيما يقبضان لان المال وجب بسبب
واحد وهو الصلح فكان دينا مشتركا بينهما بمنزلة بيع عبد مشترك في صفقة
واحدة في المبسوط واذا كان دم خطا بين الورثة فوكل احدهم في حصته فصالح
على دراهم وقبضها فليس للورثة ان يشاركوا الموكل ويخاصمون فيما اخذ كما
لو اخذ بنفسه وهذا لان ما وقع عليه الصلح بدل الدين مشترك بينهم وهو
الدية ولا سبيل لهم على الوكيل لان ما في يده من المال امانة لمن وكله وتبين
فيه كيد من وكله فلا يكون لهم معه فيه خصومة كصاحب الدين لا خصومة
له مع مودع المديون وان كانت الوديعة من جنس حقه وان هلك المال عند
الوكيل فلا ضمان عليه لاحد ولكن سائر الورثة ياخذون الموكل فيضمنونه
بقدر حصتهم مما اخذ وكيله لان هلاك المقبوض في يد الوكيل كهلاكه
في يد الموكل وفي العيون لهشام عن محمد رحمهما الله لو ان مملوكا جنى على
مملوك رجل فقتله خطا ثم جنى على اخ مولاه فقتله خطا وليس له وارث
غير مولاه فانه يدفع نصف العبد الى مولى العبد او يفديه والنصف الباقي
للمولى وان بدا فقتل اخ مولاه ثم مملوك رجل خطا فانه يدفع العبد كله الى مولى
العبد او يفديه وان جنى على اخ المولى اولا ثم على الغلام وللاخ بنت فانه
يضمن ثلاثة ارباع العبد وربعه للابنة قال هشام رحمه الله وان كانت المسالة

فيما وليس له سهم فحصته ان العبد بينهما نصفان لان حق المجني عليه اولا تعلق برقبة
الجاني وحق المولى الا انه اذا جنى على اخيه تعلق به حق الاخ حال حياته فصار
الجناية به فيقع المزاحمة بين المجني عليه اولا والمجني عليه ثانيا واما اذا قتل اولا
المولى يسقط بعد الوصول لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا ولا يثبت
له في رقبة عبده بسبب جنايته حق فيبقى حق الاول مقصورا على النصف
بخلاف ما اذا قتل الاخ اولا لانه لما انتقل الحق الى المولى يسقط بعد الوصول
فاذا جنى على الثاني لا يزاحمه الاول لسقوطه فيتعلق به حق ولي الجناية
الثانية بغير مزاحمة ما اذا ترك بنتا سقط ما يخص المولى من ذلك وهو
نصف النصف الربع بقي حق الابنة في الربع وتعلق حق ولي الجناية الثانية
بالنصف واذا كانت الصورتان بعكس فقد ادى ان احد السببين بالثاني فلم
يصادف محلا فارغا والله اعلم بالصواب

باب

من الاستحقاق في الشرى والضمان في ذلك مسائل هذا الباب مذكور في جميع النسخ ولقب الباب مذكور في بعض النسخ دون البعض

اصل الباب ان الكفالة امر افتراض للذمة لثبوت الدين فيها فيقوم ذمة الكفيل
مقام ذمة الاصيل في توجه الخطاب والمطالبة بالدين واذا التزم ما في ذمته
بالاداء او الهبة او الارث يرجع على الاصيل والكفالة بغير التزام الدين في ذمته
على وجه التبرع وله هذه الولاية فيصح الالتزام ولا يرجع على المديون لانه
متبرع باداء دينه وهو في حق الطالب قضاء الدين لوصوله الى حقه والامر بقضاء
الدين استقراض للمؤدي حتى يرجع المؤدي على الآمر بغير المؤدى ولو وهب
صاحب الدين الدين من المأمور لا يصح كما لو وهبه من اجنبي آخر لعدم وجوب
شيء في ذمته واداء الدين بغير امره تبرع بالاداء وهو في حق المديون بمنزلة الابراء
كما لو تبرع عن ميت بقضاء دينه وفي حق المؤدي التزام بقضاء الدين
لوجود القضاء والاقتضاء حقيقة اما الاول فلان الكفالة مشتقة من الضم
لغة وفي الشريعة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثق
وهو المقصود من العقد وفيه طريقان احدهما الضم في المطالبة دون اصل

الدين بل اصل الدين في ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا لا الاصيل
وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من له ابتدا حتى يكون
المطالبة للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل
الدين سقوطا بالتاجيل فكذى التزاما بالكفالة فالمطالبة مع اصل الدين بمنزلة
ملك التصرف مع ملك العين وكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك
العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز
ان ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين والطريق الاخر ان
يضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في ثبوت اصل الدين لان الكفالة افتراض
الذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام اصل الدين وليس من ضرورة ثبوت
المال في ذمة الكفيل مع ثبوته في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب
لانه وان يثبت الدين في ذمتهما فالاستيفا لا يكون الا من احدهما كالغاصب
مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب
منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيار
تضمين احدهما يوجب براءة الاخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب
ما لم يوجد حقيقة الاستيفا فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما والمعنى فيه وهو
ان ضمان الغصب ضمان اتلاف المال حكما بازالة اليد وحكمه ثبوت الملك
في المضمون بعد ما ازالت يد المالك الاول لا يتصور ازالتها من الثاني
وانما تثبت له ولانه تضمين الثاني بطريق اقامة يد الاول مقام يده بنفسه
واذا اقامت يد الاول مقام يده بري الاول عن الضمان ضرورة واذا اختار
تضمين الاول لم تتم يده مقام يده بنفسه فلم يوجد من الثاني تفويت
يده فلا يجب الضمان على الثاني اما الكفالة شرعت للتوثق بضم ذمة
الكفيل الى ذمة الاصيل تحقيقا لمعنى الكفالة واذا صارت الذمتان في حق
المطالبة كذمة واحدة كان له ان يطالبهما ولان تضمين الكفيل لو اوجب
براءة الاصيل بري الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولا يحصل
التوثق ولهذا للكفيل ان يطالب الاصيل قبل الادا لكن اذا طالب يطالب واذا

لوزم يلازم واذا ادى يرجع فرق بينه وبين الوكيل بالشرى وبين مودع الغاصب
وغاصب الغاصب فانهم يرجعون قبل الادا والفرق ان للطالب ان يطالب
الاصيل مع مطالبة الكفيل فلو طالبه الكفيل لاجتمعت الطالبتان من شخص
على واحد بالدين الواحد وذلك ممتنع وفيه ابطال معنى الضم وجعل ذمة الذمتين
كذمة واحدة اما في مودع الغاصب اذا اختار تضمين المودع لا يبقى له ولاية مطالبة
الغاصب وكذى اذا ضمن الغاصب الاول لا يبقى له ولاية تضمين الثاني فلا
يجتمع المطالبتان على واحد بالدين الواحد وكذى في الوكيل لا يبقى للبايع مطالبة الموكل
لان الحقوق ترجع الى العاقد لا الى الموكل فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الادا
لا يودي الى ما قلنا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل
اشترى عبدا بالف درهم وكفل عنه رجل بالثمن بامره وقبض المشتري العبد ودفع
الكفيل الثمن للبايع وغاب الكفيل من قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم
استحق العبد او وجد حرا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد فليس للمشتري ان
يرجع على البايع بما اخذ من الكفيل حتى يحضر الكفيل لان الكفيل لما لم ياخذ
المنقود من المكفول عنه لم يصر المنقود ملكا للمكفول عنه وهو المشترى
وهذا لان المشتري لم يدفع الى البايع شيا والكفيل ما قضى دينا واجبا عليه حتى
يصير ملكا له الا انه بالاستحقاق وهذه العوارض يبطل الكفالة لبطلان
الدين من الاصل فبقي الامر بالدفع الى البايع بشرط الضمان ومن قال لاخر
ادفع الى فلان الف درهم على اني ضامن لها ثم لم يرجع المامور على الامر بالضمان
لا يصير المدفوع ملكا للامر فكذى هذا ولان حق الرجوع عند فساد الادا
يكون للمودي لا الى غيره فاذا حضر الكفيل كان له الخيار وان شا رجع
على المشتري وان شا على البايع لانه وجد من كل واحد منهما سبب الضمان
في حق الكفيل اما من البايع فلانه قبض منه لا بحكم كفالة فاسدة لانه
ظهر ان البيع كان باطلا وان الثمن لم يكن واجبا وهو انما ملكه الثمن بشرط
ان يسلم للمشتري المبيع او يسلم ما في ذمة المشتري وقد فات عنه المطلوب
عند هذه العوارض وظهر ان الكفالة كانت فاسدة وان الادا انما عليهما

فاسد لعدم المال على المكفول عنه وهو من احد الاحكام الكفالة الفاسدة كان
للدافع ان يسترد منه كما في البيع الفاسد واما من المشتري فلانه لما امر
ان كفل عنه بالثمن فقد امره بصيرورته ضامناً عليه لشرط الضمان لا بالضمان والامر
بالقضاء من المشتري كان لم يصح بقي الامر بالدفع لشرط الضمان وهذا لان
الكفالة والاداء بناء عليها ان كان فاسداً لكن الامر بدفع المال اليه ليس
بفاسد لان الامر بنفسه الدفع لا يقتضي بالاداء حال الكفالة بالثمن الا امر بقضاء
الثمن يقتضي غناء وايجاباً فاذا كان لتصرف المامور وجهان احدهما موصوف
بالفساد والآخر موصوف بالصحة وان شا نظر الى جهة الفساد يرجع على
القابض دفعاً للفساد وان شا يرجع على الامر بحكم الامر والامر من حيث
انه امر بدفع الدراهم صحيح وعند صحة الامر ينتقل فعله الى الامر فصار كانه اقرضه
المال ثم دفع الى البائع بامره فصار قبض البائع كقبض المشتري وصار كانه قال
ادفع الى فلان الف درهم على اني ضامن له فان اختار تضمين البائع معنى الامر
وان اختار تضمين المشتري رجع المشتري على البائع وان لم يكن قد اداه الى
الكفيل لانه لما اختار اتباعه صار الذي قبل البائع ملكه المشتري فصار
يرجع عن له نقد المشتري ولو كان المشتري هو الذي نقد الثمن بنفسه كان
له ان يرجع عليه وكذا لو رجع الكفيل على المشتري قبل ان يتبع لما قلنا واذا
اختار تضمين احدهما لا يجب الضمن على الآخر وبعد ما ملكه من احدهما
لا يملكه على الاخر كما في الغصب مع غاصب الغاصب وكذا لو استحق
البيع من يد المشتري لان الاستحقاق ينفسخ البيع من الاصل وتبين انه لم
يكن صحيحاً وان الثمن لم يكن واجباً في الاصل من الكمن وبراءته توجب
براءة الكفيل لانه التزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على
الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد الاستحقاق فكذلك على الكفيل
ولو نقد الكفيل الثمن وغاب ولم يقبض المشتري العبد حتى مات فانه يرجع المشتري
على البائع بالثمن ثم يرجع على المشتري لانه بموت العبد لم يظهر ان الكفالة
كانت فاسدة لم يظهر ان البيع كان باطلاً وهي حصل كان البيع صحيحاً والثمن

او من كل جانب اثنان لا بد من تكرار صيغة العقد في احد الجانبين قال شيخ
الاسلام الاسبيجابي رحمه الله والصواب ان تكرار الصيغة ليس بشرط اذا كان
العاقد اثنين في جانب والتسمية متفرقة لان الافتراق يكون فاتحاً معنى لان
بيعهما جملة بثمن متفرق وبيع كل واحد شيئاً الا ان بيع كل واحد منصرف الى نصيبه
لنفسه عند الاجتماع وكذا يشتري اثنين بصيغة الجمع بان قالا اشترينا
او بصيغة العقود بان قال كل واحد اشتريت النصف كذا بنوع بيننا انه
لا حاجة الى تكرار الصيغة بعد صدور جميعاً منهما بثمن متفرق وحكى الجصاص
رحمه الله في شرح جامعه عن القاضي ابي حازم رحمه الله انه كان يقول ما ذكر
محمد رحمه الله في بعض المواضع انه متى اختلف الثمن والعاقد كانت صفقتين
فذاك قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله وما ذكر في بعض المواضع انه
متى اختلف البيع والشرى والثمن والعاقد يصير صفقتين على قول ابي حنيفة
رحمه الله وكانه ذكر في بعض المسائل في هذا الباب على قولهما والبعض على قول
ابي حنيفة رحمه الله وجعل هذه المسألة بينهم فرعاً لمسألة اخرى روي عنهم
في النوادر في رجل باع عشرة ارطال من رطلين نصفه من هذا الخشابة بدرهم ونصفه
من هذا الخشابة بدرهم ورطل من خمر ان البيع فاسد في النصفين جميعاً في
قول ابي حنيفة رحمه الله لان الصفقة واحدة لان البيع لم يتكرر في حق كل واحد
منهما وانما تفرق تسمية الثمن وهذا لا يصير الصفقة صفقتين والصفقة
الواحدة اذا فسدت بعضها بشرط فاسد تفسد كلها وفي قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله البيع في النصف الذي لم يشترط فيه الخمر جائز لانها صفقتان
لان المسمى اثنان وقد تفرق الثمن وكان القياس قولهما والاستحسان قول
ابي حنيفة وقد ذكرنا وجههما وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى
القياس قولهما والاستحسان قول ابي حنيفة رحمه الله فيفتى بقوله فاذا انعقد
ان تفرق الثمن لا محالة تتفرق الصفقة لرجحان جهة التفرق والعقد اذا اتحد
يجوز ان يتفرق الثمن ويجوز ان يتحد العاقد كذلك فبقي انه يتحد العقد
في الوجهين كما هو الاستحسان وقول ابي حنيفة رحمه الله فاذا ينظر

الى العقد وهو التكرار واعادة قوله بعت لا غير قبل ان اختلف بان كرر تفرقت
الصفقة لا محالة وان اتحد يتخرج على ما اخترنا للفتوى يسهل عليك الجواب والاحكام
المبنية على اتحاد الصفقة ونوردها ثلثة القبول والقبض والاخذ بالشفعة
في كل موضع تفرقت يجوز التفريق وفي كل موضع اتحدت لا الا اذا عرفنا هذا
قال محمد رحمه الله رجل اشترى عشرة اثواب يهودية كل ثوب بعشرة
صفقة واحدة صح العقد لانه باع معلوما مقدور التسليم بثمن معلوم
مقدور التسليم فيجوز فلو نقد المشتري عشرة وقال انقدته عن الثوب بعينه
وقال البائع بل نقدته عن الجملة كان القول قوله المشتري لان الملك في الثمن
انما يستفاد من جهته فيكون القول قوله في بيان جهته الا ترى انه لو انكر
التمليك اصلا كان القول قوله فاذا اقر انه ملكه بجهة كان القول قوله
كما لو كان على رجل عشرة من قرض وعشرة من ثمن بيع فنقد عشرة وقال هذا
من الثمن او من القرض كان القول قوله كذلك هنا وفي شرح الزيادات
ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله رجل له على اخر الف درهم فكفل عنه رجل بالف
ثم ان الطالب احال رجلا على المطلوب بالف كانت للمحتال له على الطالب فادى
المطلوب الف الى المحتال له وقال اديتها عن الالف التي كفل بها فلان وقال الطالب
بل هي من الالف التي لا كفالة بها كان القول قول الطالب ولو كان المطلوب
هو الذي احال الطالب بالف على غريم له عليه الف درهم فقبضها ثم قال
الطالب هي من الالف التي لا كفالة بها وقال المطلوب هي المكفول بها فالقول
قول المطلوب جعل القول للمحيل في المسئلتين اما في المسئلة الثانية فلا اشكال
لان اداء المحال عليه كادائه بنفسه ولو ادى بنفسه كان القول قوله
في المسئلة الاولى فلان قبض المحتال له انما يقع اقتضاء اذ حصل بامر المحيل
فكان القول قوله فيما امر به بمنزلة الموكل يكون القول قوله فيما امر به
بخلاف ما لو قضى المحيل بنفسه وذكر ابن سماعة رحمه الله في النوادر رجل
عليه الف درهم من كفالة والف من ثمن بيع فجاء بالف وقال ادفعها من الكفالة
وقال الطالب لا اخذها الا من جميع مالي عليك فللطالب ان يجعلها من

المالين ويرجع بما بقي من المكفول عنه لان له حق المطالبة بالمالين والاخر بغير رضى
المديون وكان له ان يتبرع عنهما وان قبض الالف ولم يقل شيئا فللمطلوب
ان يجعل المؤدى الى اي المالين شاء لان التخصيص يفيد فيعتبر قوله وموضع
المسئلة في الجامع فيما اذا اختلفا بعد القبض وفائدة التعيين في مسئلتنا
ان المشتري لو باع هذا الثوب من البائع باقل مما اشترى يجوز لانه باعه
بعد نقد الثمن عنه بعينه ويرضى البائع ليس كذلك لان فيه تفريق الصفقة
قبل تمامها لان الصفقة متحدة لغلبة جهة الاتحاد لان الموجب للاتحاد ثابت
اتحاد العاقد واتحاد العقد لانعدام تكرر لفظة العقد والموجب للتفرق
شيء واحد وهو تسمية الثمن لكل ثوب وهذا على جواب الاستحسان وقيل هو
قول ابي حنيفة رحمه الله وهو المختار والاظهر لان المعتبر للتعدد تكرار لفظة
البيع ولم يوجد الا ترى انه لو قبل البيع في البعض لا يجوز فكذا في القبض لا يلزم
على هذا رد البعض بالعيب بعد القبض لانه تفريق الصفقة بعد التمام
وانه غير ممنوع عنه والمعنى فيه ان في الرد بالعيب بعد القبض والمشتري
مضطر في الرد دفعا للضرر عن نفسه والبائع جاز سد ليس العيب
عليه فكان رعاية جانب المشتري اولى وان تضرر به البائع ضمنا اما في
القبول والقبض لا ضرر على المشتري فكان قاصدا الاضرار بالبائع
لا دافعا الضرر عن نفسه ولان الموجب للرد هو العيب وانه قائم
باحدهما فلا يتمكن من ردهما فيثبت الضرورة الى رد احدهما دفعا للضرر وفرق
بين البيع وبين الرهن فانه اذا رهن عند رجل عشرة اثواب كل ثوب
بعشرة ثم قضى عشرة دراهم وقال هي من العشرة التي في هذا الثوب
واراد ان يقبض ذلك كان له ذلك نص على هذا في الزيادات وان كان هذا
تفريقا على المرتهن قبل تمام الرهن لان تمام الرهن بحصول المقصود وهو
قضاء الدين وذلك انما يحصل بالهلاك ولو رهن عبدين بالف درهم قيمة كل
واحد منهما الف وسلم الى المرتهن ثم ادى خمسمائة واراد ان ياخذ احدهما
لم يكن له ذلك لان الصفقة وقعت جملة والمقصود اضجار الراهن ليتسارع

الى قضاء الدين فلو تفرد بالتفريق احدهما يحتاج اليه وسياتي شك في اداء الباقي فعلى
هذا فرق بينهما اذا سمى بمقابلة كل واحد منهما الا وبينهما اذا اجمل واطلق لكن
هذا التفرق على رواية الزيادات اما على رواية كتاب الرهن فلا لان
على رواية كتاب الرهن ليس للراهن ان يقبض شيئا ما لم يوف جميع الدين
في الرهن في الصورتين كالبيع والفرق على رواية الزيادات ان البيع لا يتفرق
التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرق الا ترى ان في البيع لو قبل
المشتري البيع في احدهما دون الاخر لا يصح وفي الرهن عند تفرق التسمية
لو قبل العقد في احدهما جاز وانما افترقا لان في البيع ضم الردي الى الجيد
للترويج متعارف فلو تفرق العقد بتفرق التسمية وكان للمشتري
ان يقبل في احدهما يقبل في الجيد فيتضرر به البائع اما في الرهن ضم الردي
الى الجيد غير متعارف فلو تفرق العقد لا يتضرر به الراهن في التفريق
لان قبل المرتهن الرهن فيه لا يزول عن ملك الراهن واذا ملك المرتهن
التفريق في القبول على الراهن [illegible] الراهن ايضا بتفريق الصفقة على
المرتهن لان تفريق القبض بعينه بتفريق الصفقة في حق القبول فاذا
ملك المرتهن تفريق الصفقة في حق القبول لانه لا ضرر على الراهن
ملك الراهن تفريق الصفقة على المرتهن ايضا لانه لا ضرر على المرتهن
لان ما قضى عنه ان كان جيدا فترك الردي فالردي يكون مضمونا باقل
من قيمته ومن الدين فلا يصير مضمونا بالعشرة التي سمى اما في البيع
لو اراد المشتري تفريق الصفقة على البائع او البائع على المشتري في
حق القبول لا يملك ذلك دفعا للضرر عن صاحبه فاذا اراد المشتري تفريق
الصفقة على البائع في حق القبض لا يملك ذلك ايضا دفعا للضرر عن
البائع ولان البيع لما جمع بينهما لو تفرقت الصفقة كان القابلة شرطا
في الاخرى الاولى وانه شرط فاسد فيفسد العقد لان الشرط الفاسد
في معنى الربوا اما الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة لانه تبرع بمنزلة الهبة
ولهذا لو رهن عبدا بالف على ان يكون كل نصف منه رهنا بخمسمائة يفسد

واجب حقيقة وحتى ادى كان واجبا حقيقة فصح الاداء واستقل فعل الكفيل الى
المشتري عند صحة الكفالة والاداء فصار كانه ادى بنفسه ويصير كانه استقرض
من الكفيل ودفع الى البائع ولا يشبه هذا الاستحقاق لانه اذا استحق تبين
ان البيع كان فاسدا وان الثمن لم يكن واجبا حقيقة فقد ادى بحكم كفالة فاسدة
فلم ينقطع حقه عن المودى لذلك ولو رد المشتري العبد على البائع بعيب
بعد القبض بقضاء او بغير قضاء او قبله بقضاء او بغير قضاء او بخيار رؤية او بخيار
شرط شرطه المشتري على البائع لان البيع وان انفسخ بهذه الاسباب لم يظهر
ان البيع لم يكن انعقد وان الثمن لم يكن واجبا ولهذا لم يبطل حق الشفيع في
الشفعة متى حصل الفسخ بهذه الاسباب فلا يظهر ان الكفيل ادى بحكم كفالة
فاسدة بل ادى بكفالة صحيحة فلا يبقى له حق الاسترداد وكان للمشتري ان يسترد
قال مشايخنا رحمهم الله هذا الجواب يستقيم في الرد بخيار الرؤية
والعيب اما لا يستقيم في الرد بخيار الرؤية والعيب لا يستقيم في خيار الشرط
للمشتري لان خيار الشرط للمشتري يمنع وجوب الثمن عليه بالاجماع ولا
يزول عن ملكه قبل الاجازة فاذا انفسخ البيع ظهر ان الثمن لم يكن واجبا فظهر
ان الكفيل ادى بحكم كفالة فاسدة فكان حق الاسترداد له كما في الاستحقاق
ذكرنا وقال بعضهم ما ذكرنا في الكتاب صحيح وتاويله ان البيع كان
بايام شرط الخيار للمشتري واليه اشار في الكتاب وقال لا سبيل للكفيل
على البائع اذا كان البيع بايام استقصى هذا لانه قال يرده بخيار شرط
ولم يقل بخيار شرطه وقت البيع او بعده فكان محمولا او يحمل فكان محمولا
على خيار شرطه له ثلاثة ايام بعد البيع ومتى كان كذلك كان الثمن واجبا على
المشتري حتى كفل وادى قال شيخ الاسلام رحمه الله والصحيح ان
الجواب في الفصول كلها لان صحة الاداء مبني على صحة الكفالة والكفالة صحيحة
في بيع فيه شرط الخيار للمشتري كما يصح في سائر ديونه وما ذكر في الكتاب
يجوز ان يكون تعليلا لبعض الفصول دون الكل في كفالة العيون قال
ابو يوسف رحمه الله في رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعينها ودفع اليه انسان

للبايع الثوب او عشرة دراهم فضمانه باطل لانه لا يعلم ما يضمن وان كان
المشتري والبايع بالخيار في الثوب ثلثة ايام فضمانه جايز لان للبايع في
الثوب حقا اذا كان فيه خيار وليس له في المسئله الاولى اشار الى العله في المسئله
لان البايع اذا كان له في الثوب حق فالضامن ضمن له بمضمون فيصح واذا لم يكن له حق
فقد ضمن له بغير مضمون فلم يصح وان كان الرد بالعيب او بالخيار قبل ادا الكفيل
الثمن برئ الكفيل لانه برئ الاصيل بالرد فبرئ الكفيل وكذا اذا كفل للمراه
عن الزوج بالمهر ثم ارتدت او قبلت ابن زوجها او طلقها قبل الدخول
برئ الكفيل بما بطل عن الزوج لبراه الاصيل ولو ادى قبل هذه العوارض يرجع
على الزوج لان هذه العوارض لا تستند الى المهر لم يكن واجبا وان الكفاله والادا
باطلها غير صحيح وكذا الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب عن
راس المال فهو برئ عما كفل به لبراه الاصيل وليس عليه من راس المال شي لانه
دين اخر سوى ما كفل به وليس هو بدل عن المكفول به وكيف يكون بدلا وحق
المسلم بعقد السلم ووجوب راس المال بمساعه والبدل ما يجب بالسبب
الذي وجب به الاصل ولو قبل المشتري الحواله لغريم البايع بالثمن
او كفل الغريم له ضمن بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحواله والكفاله
لان انفساخ العقد من الاصل ينفي الثمن عن المشتري من الاصل وقد كان
الالتزام مقيدا به وكذا لو وجد حرا او لو رد بعيب او خيار او هلك
العبد قبل القبض لم تبطل الحواله والكفاله عندنا خلافا لزفر رحمه الله
وقد ذكرنا استشهد في الكتاب بمسئله الصرف فقال لو باعه بالف درهم
مايه دينار وقبضها ثم انفسخ بهذه الاسباب رجع على البايع بالف درهم لان
صرفها واصلها صحيح بخلاف ما اذا استحق العبد او وجد حرا فانه يرجع
بالدنانير لانه تبين ان الدراهم لم تكن واجبه من الاصل وعلى هذا لو ضمن
الزوج مهر المراه لغريمها ثم وقعت الفرقه بينهما قبل الدخول من قبلها لم
يبرا الزوج عن الكفاله الا على قول زفر رحمه الله ثم اذا اداها رجع على المراه
لانه كفل عنها بامرها فيستوجب الرجوع عليها عند الادا وبالعارض

في

لانه

لا تبين ان الدين لم يكن واجبا عليه الا انه بتنوع المقاصه قبل الفرقه بمهرها وقد
انعدم ذلك لسقوط المهر عنه فرجع عليها وكذا لو طلقها قبل الدخول بها غير
انه يرجع عليها بنصف المودى لان المقاصه بالنصف الباقي من مهرها ولو امر
المشتري رجلا بان يضمن عنه الثمن للبايع ففعل فهو بمنزله الكفيل في جميع ما وصفنا
من رجوع الكفيل ورجوع المشتري على البايع ان تبين فساد البيع من الاصل
فالمامور بالخيار ان شا رجع على المشتري وان شا على البايع لانه ظهر ان الامر
بالقضا وانما يصح الامر بالدفع كما في الحواله وان كان البيع جايزا ثم استفسخ
فالمشتري هو الذي يرجع بالثمن على البايع والمامور يرجع على الامر ولو كان
الكفيل كفل عن المشتري للبايع بغير امره ونقد الثمن او ادى الثمن بغير كفاله
ولا امر كان للكفيل ان يرجع بما ادى على البايع في جميع ما ذكرنا ولا سبيل
للمشتري على البايع اما في الحريه والاستحقاق فلما ذكرنا واما في مسئله الفسخ
الاخر لانه انما يكون له سبيل من الرجوع اذا جعل الكفيل كانه ادى ولم يجعل
لعدم الامر فالمشتري لم يتعد الثمن لا بنفسه ولا بغيره ايضا فلا يرجع عليه
وانما يرجع الكفيل على البايع لانه تبرع على البايع بالثمن فاذا انفسخ البيع بما هو
فسخ في حق الكل اي في حق المودي ثمنا في حق الكل فكان له ان يرجع بالثمن على البايع
او يكون متبرعا على المشتري باسقاط الثمن عن ذمته ولم يكن قصدهما تمليك
الثمن من المشتري وانما بتن فراغ ذمته من وجه اخر لم يحصل غرض المتبرع وله
ان يرجع فيما تبرع به بمنزله من تبرع بمهر رجل عن امراته ثم سقط كله قبل
الدخول بها او بعضه رجع المتبرع بما تبرع كذلك هنا قال محمد رحمه الله
الا في خصله واحده وهي اذا رد العبد على البايع بعيب بعد القبض بغير قضا
فان الثمن في هذا الوجه على المشتري للبايع دون الكفيل وكذا لو تقايلا العقد
لان الاقاله والرد بالعيب بعد القبض بغير قضا بمنزله البيع الجديد في حق الثالث
والكفيل ثالث ولو باع المشتري العبد من البايع لا سبيل للكفيل على الثمن سبيل
لانه تبرع بالثمن وبقي المودي عما قال بقي للكفيل عليه سبيل ايضا المشتري
مثل ان الاقاله والفسخ بعيب العقد يستوجب المشتري على البايع بالاقاله

ما كان يستوجب البائع على المشتري ولهذا ينبغي بالجنس لاسترداد الثمن كما
يستوجب البائع بالجنس لاستيفاء الثمن والاختلاف بينهما قبل القبض يوجب
التحالف فكذلك يستوجب المشتري الثمن على البائع حتى يحصل القلب الا انه
متى لم يكن البائع استوفى الثمن من احد لا يبقى للمشتري على البائع سبيل لان
لان المشتري استحق على البائع ثمن العبد بالاقالة والبائع كان استحق في البيع
فالتقيا قصاصا واذا كان البائع استوفى الثمن من المتبرع بعد ثبات المقاصة
بينهما فاستوجب على البائع الثمن كما كان يستوجب على المشتري المبيع واذا
استوفى المشتري الثمن فهل يسلم له بعضهم قال لا يسلم لانه قد انفسخ في حقه
ولا عن لان الثمن سقط عن ذمته بتبرع الكفيل فيا صار دينا على المتبرع وقال
بعضهم يسلم اليه واليه اشار في الكتاب فانه قال والثمن للمشتري لانه لا وجه
للرد على الكفيل لوقوعه عقد اخر في حقه وهو فسخ على الثمن في حق البائع
لا يشتغل به لانه ما انتقض فان عينا انتقض صار مملوكا الثمن من المشتري بطريق
الفسخ فيما يحصل من هذا وبناء ذكر في البيوع اذا زاد الاجنبي في الثمن
بغير رضا او تقايلا البيع يرجع المشتري على البائع بالثمن والاجنبي بالزيادة
لان الاجنبي يثبت صفة العقد ومن حكمه واثما فاسد العقد من هذا الوجه
والاقالة دافعة للعقد اصلا وصفة فيعود الثمن الى ملك الاجنبي ...
بخلاف الكفيل وان الاجنبي هنا بمنزلة الوكيل بالشرى لان بملكه المبيع انما كان
بمقابلة الزيادة ولو كفل عن المشتري بالثمن ولم يؤد عين الثمن ولكن صالح مع البائع
على خمسين دينارا فله ان يرجع بالدراهم على المشتري وليس له ان يرجع عليه
بالدنانير اما صحة الصلح اذا ادى الدنانير قبل الافتراق الى البائع لان هذه
مصارفة جرت بين البائع والكفيل ولو جرت بين البائع والمعقود له يصح فاذا كان
كفيلا والدين واجب عليه فهو واجب على المشتري كان اولى واما الرجوع على
المشتري بالدراهم لان الكفالة متى كانت بامر المكفول عنه اوجبت دينين دين على
الكفيل للطالب ودينا للكفيل على المكفول عنه الا ان دين الطالب على الكفيل
حال ودين الكفيل على المكفول عنه مؤجل الى وقت الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل ههنا

من المكفول عنه بهذا الدين يصح كما لو اخذ رهنا بالدين المؤجل ولو لم يجب
له عليه دين لما صح كما لو اخذ رهنا بالدرك فاذا صالح فقد ملك الكفيل
ما في ذمته بهذا الصلح لان الدنانير وان علمت تصلح بدلا عن الدراهم فصار كما لو
ملكه ما كفل به بالهبة والارث او الابتياع ولو كان كذلك يرجع عليه بالدراهم
لذلك ههنا ولو لم يرجع على المشتري حتى استحق العبد او ظهر فساد فالكفيل
لا يرجع على المشتري على البائع لانه ما ادى الى البائع لا صار دينا ولا حكما
وظهر ان المال لم يكن واجبا عليه وان الكفالة باطلة وبني الامر بالدفع على ما ذكرنا
الا ترى انه لو ادى عين الثمن لا يرجع المشتري على البائع فههنا ادى في هذا الا انه
ادى الى البائع عين ما كفل به بالصلح لان المأخوذ بالصلح عن الواجب حكما ان
كان عين حقيقة ولهذا قلنا المدعي على احد الف درهم فصالح المدعى عليه من
ذلك على ثوب ثم تصادقا على ان لا دين بطل الصلح ولزمه رد الثوب ولو كان
البائع تصادقوا ان لا دين ولو اعطيه لا عن الالف فكان يجب ان لا يبطل متى ظهر
انه لم يكن عليه دين كما لو باع حقيقة فثبت ان المأخوذ بالصلح عن الواجب
حكما ان كان غير حقيقة المسلم فيه والجامع بينهما ان في السلم يثبت الصرف
الى جعله غيره صرف ان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز وههنا ثبت
الصرف لان الصلح يجوز بدون الحق وبالحق بدون الحق انما يجوز باستيفاء البعض
وترك البعض فصار كما لو اوفى البائع عن الواجب وهو الف درهم حقيقة
ولو كان كذلك لا يرجع المشتري على البائع اذا لم يكن الكفيل رجع عليه لكن اذا احضر
الكفيل يرجع على البائع بالدنانير لانه ظهر ان البائع قبض الدنانير بحكم صرف
فاسد لانه ظهر انه لم يكن على الكفيل دين فحصل الافتراق قبل قبض احد
البدلين لان الكفيل لم يقبض الدراهم حقيقة ولا كانت في ذمته حتى يصير قابضا
بذمته فيرجع عليه بما ادى وليس له ان يرجع على المشتري بشيء من هذا ولهذا لو ادى
الكفيل البائع الف درهم حيث كان الكفيل بالخيار ان شاء اتبع البائع وان شاء
اتبع المشتري في الوفاء لانه ظهر ان الكفيل دفع الالف الى البائع بامر المشتري
على ان يرجع على المشتري بمثله فيرجع بحكم الامر بالدفع لوجود الموافقة

صوح وهنا خالف امر صوح ومعنى انا صولح فلا شك واما معنى فلانه امر ان يا دا
الثمن وما ادى الثمن لانه ظهر انه لا ثمن عليه ولذلك لو كان الكفيل باعه دنانير
بالالف كان له عليه لانه صار فيه بدل لم يقبض في المجلس ويرجع بغير الدنانير
لفساد الصرف لهذا اذا افترق البايع والكفيل ثم استحق العبد ولم يتفرقا حتى
استحق لا يبطل الصرف حتى لو نقد البايع الف درهم لسلم له الدنانير بخلاف الصلح والفرق
ما ذكرنا ان الصلح يتعلق بغير تلك الدراهم اذا لم يكن في ذمته شي يبطل لما ان الصلح يتعلق
بتلك الدراهم في الذمة لا بعينها فيبطل ان ذلك الاستحقاق لا يوجب بطلان
البيع الا ترى انه لو استحق بدل الصرف قبل الافتراق لا يبطل الصرف حتى كان
له ان يستبدل المستحق فكذلك هنا ولو لم يستحق العبد ولكنه
مات في يد البايع قبل القبض وقد باع الكفيل البايع بالثمن خمسين دينارا او قبضه
البايع صح البيع لانه لم يظهر فساده لانه لم يظهر عدم وجوب الثمن على الكفيل
فقد وجد القبض من الجانبين ولا يرجع الكفيل على البايع وانما يرجع على المشتري
بالف درهم ويرجع المشتري على البايع بالف درهم حضر الوكيل الكفيل او غاب
لان الكفيل صار موفيا الثمن الذي عليه بحكم الحال لانه وجب له هذا البيع
على البايع الف درهم وقد كان للبايع عليه الف فالتقيا قصاصا لان
موت العبد لا يبين ان البيع لم يكن صحيحا وان الثمن لم يكن واجبا حتى صار قد
فصار الوكيل موفيا الثمن الذي كفل به حكما للمقاصة بحاله صحيحة فصار
كما لو اداه حقيقة ولو كان كذلك لم يكن للكفيل على البايع سبيل انما السبيل
للمشتري على البايع رجع الكفيل عليه اولا على ما ذكرنا ولهذا لان الهلاك
يوجب ضمانا غير ما كان ثابتا لما ذكرنا ان البيع لا يتعلق بنفس الثمن ولم يبين
عدم وجوب الثمن لان البيع انما يبطل لمعنى مقصود على الحال واذا الكفيل
عزم له اذا المشتري فكان له ان يرجع ولو كان الكفيل صالح البايع على خمسين
دينارا من الثمن فكذلك لانه لم يتبين فساد الصلح فبقي موديا الثمن حكما
كما صحيح يرجع على المشتري ويرجع المشتري على البايع الا ان هنا البايع
بالخيار ان شاء رد الدنانير ونقض الصلح وان شاء امضاه واعطى الدراهم بخلاف

البيع

المبيع فانه يجب عليه رد الثمن ولا يتخير والفرق ان المشتري انما يرجع على البايع
بالثمن والبايع قد استوفى الثمن في البيع من الكفيل بحاله لان مبنى البيع على
المماكسة والاستقصاء فصار مستوفيا الثمن بحاله حكما ولو استوفاه حقيقة
ثم انفسخ البيع بهلاك العبد قبل القبض كان على البايع رد الثمن من غير خيار
اما البايع في الصلح لم يستوف الثمن بحاله لان مبنى الصلح على الحط والاغماض
والتجوز بدون الحق فان يقول انما قبلت الصلح لشرط ان لا ارد سوى ما غرمت فاذا الزمني
كان لي الخيار ولهذا لو كان له على اخر عشرة دراهم فاشترى بها منه ثوبا كان
له ان يبيعه مرابحة على عشرة ولو صالحه منها على ثوب ليس له ان يبيعه مرابحة
لدلالة الحط والاسقاط ولانه لا يلزمه رد ما استوفى وما استوفى الدراهم
ولهذا لو صالحه من الدين على دراهم ثم تصادقا ان لا دين بطل الصلح لانه استوفى
له معنى لا صورة فيلزمه البدل ولهذا نظير ما قلنا في دين بين رجلين اشترى
احدهما بنصيبه شيئا فانه يغرم لشريكه نصف نصيبه من الدين ما او اي
لانه وصل اليه تمام حقه بالمقاصة فصار كانه وصل الى حقيقته وعليه
لو صالح عن نصيبه كان بالخيار ان شاء اشترك صاحبه في المقبوض
وان شاء غرم له نصف دينه لما ذكرنا فان اختار رد الدنانير فالذي
يلي قبضها الكفيل لا المشتري لانه لما اختار رد الدنانير انفسخ عقد
الصلح وصار كان لم يكن فعاد الحق الى الكفيل وبرئ المشتري لان الكفيل
وصل الى حقه ولم يهلك المكفول به فلا يرجع على المشتري فان كان الكفيل
لم يرجع على المشتري حتى الامر وان كان رجع عليه بالدراهم يردها الى المشتري
لانه تبين براءة المشتري وان اختار رد الدراهم يقبضها الى المشتري حضر
الكفيل او غاب لانه لما اختار رد الدراهم فقد اختار الصلح وبهذا الاختيار
صار مستوفيا الف درهم من الكفيل بالصلح لما قلنا ويرجع الكفيل على المشتري
بالدراهم لانه ملك الدراهم الا بايعاء حكما ولا سبيل على البايع لما ذكرنا من قبل
والمامور بقضاء الثمن عن الكفيل في جميع ما ذكرنا لانه يقوم مقام المشتري
في الاداء يريد به في الصلح والبيع جميعا اما في جواز الصلح فلان الفضولي لو صالح

على خمسين دينارا من عند نفسه يجوز فلان يجوز من المامور من القضا وانه قائم
مقام الامر في القضا كان اولى واما البيع فعن القاضي ابو الهيثم النيسابوري
رحمه الله في هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين فينبغي ان لا يجوز كما لا يجوز
من الفضولي بنص محمد رحمة الله عليه بعد هذا ان بيع الفضولي لا يجوز والجواب
عنه ان المامور بقضا الدين بمنزلة الفضولي من وجه حيث انه لا دين عليه
كالفضولي وبمنزلة المطلوب بخلاف الفضولي فاجتمع فيه ما يوجب الجواز وما لا
يوجب فرجحنا ما يوجب احتيالا لجواز البيع ولان الدين في الحكم كان على
المامور لانه السفير فصار الدين لرجوع عليه على المطلوب فاشبه الكفيل
الا ان الكفيل يلزم في الحال باقامة ذمته مقام ذمة المطلوب
والمامور اقام ماله مقام مال المطلوب وذلك انما يتحقق عند الادا فاخذ شبها بالكفيل
عند الادا فتبين انه باع الدنانير بدين على نفسه فيصح ولان البيع بدين على غيره
انما لا يصح مع ان البيع لا يتعلق بهذا الدين لما فيه من شرط الثمن على غير
العاقد وانما يتاتى هذا المعنى في موضع لا يكون مسلطا عليه بدون البيع وهنا
التسليط ثابت باداء الدين فهو مؤدي معنى ومتى لم يكن التسليط مضافا الى
البيع لا يتضمن شرط تسليم الثمن على غير العاقد فيصح ثم اذا ظهر فساد
البيع بالاستحقاق واخوته سبراه المشتري وتبين انه لم يؤد عن المشتري
شيئا ولا اسقط عنه حقا وقد خالف امره فلا يرجع عليه بشيء وانما يرجع على
البايع بالدنانير لانه ادى بغير حق كما في الكفيل وان مات المدعي اداه
لان قصد المشتري من الادا فبقي دينه وقد قضي وان خالف امره في الظاهر
وحيث الامر بالادا معتبر بقضاء الدين وابرا ذمته وهو ظاهر في صورة القضا
ولم يخالف في غير القضا فيرجع على المشتري بما امره به ولو كانت الكفالة
بغير امره لم يرجع المشتري على البايع بحال لانه لم يؤد الثمن لا حقيقة ولا معنى
وانما السبيل للكفيل على البايع في الوجهين جميعا لان في الوجه الاول وهو
استحقاق قد انفسخ البيع وكذا في الوجه الثاني وهو الهلاك قبل القبض
فيما بين البايع والمشتري والكفيل وسقط الثمن عن المشتري في حق الكل وظهر

ان

ان المنقود لم يكن ثمنا في حق الكفيل وهو متبرع باداء الثمن فكان له ان يسترد
لانه لم يحصل مقصوده من التبرع ويرجع الا انه باع شيئا الا بثمنه البايع ويعطيه
الثمن ان صالح يصح لما قلنا فان قيل ان جاز الصلح لانه يجوز من المتبرع فينبغي
اولى فان لم يجوز بيعه وفيه تمليك الدين من غير من عليه الدين قيل لان الكفالة
بغير امره وان كان لا يوجب دينا للكفيل عن المكفول عنه يوجب دينا للبايع عنه
وهذا يجبر الكفيل على الادا كما يجبر المشتري فصار بايعا بهذا الدين لا بالدين
الذي على المشتري فكان تمليكا ممن عليه الدين فيجوز ولو كان الذي اعطى البايع
الدنانير لم يكفل بها ولا امره بها المشتري فباع البايع خمسين دينارا بالمائة
التي على المشتري فالبيع باطل سوى شرط تابع الدنانير ان يكون ذلك الثمن له
او لم يشترط بان يقول بعنيه على المشتري ما للعبد او لم يقل لان البيع علي
تمليك وليس على هذا الرجل للبايع دين لا من كل وجه ولا من وجه ولا تسلط عليه
فلو جاز هذا البيع لصار متملك الدين الذي للبايع على المشتري بهذا البدل
وهذا باطل لان البايع يصير مملكا الدين من غير من عليه الدين وانه لا يجوز لانه
تمليك الذي يشترط ان يكون التسليم على الغير الا ترى ان بيع العين بهذا الشرط
كما ان العين يبطل من النقودات ما لا يقبله الدين والمالية والتقوم فيه ثابتة من
كل وجه لا يجوز فلان لا يجوز في الدين اولى بخلاف ما اذا قبل الكفالة بغير امر المشتري
لانه وجب عليه الثمن وان كان بغير امره فيكون صرفا بما في ذمته لانها في ذمته
عين هذا اذا باع وان صالحه على خمسين دينارا على ان يكون الثمن الذي للبايع
على المشتري له فكذلك الجواب لانه صار بايعا منه دينا له على غيره لوجود
حد البيع وهو تمليك المال بالمال وان يلفظ بلفظ الصلح لان العبرة للمعنى الا
ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل
كفالة ولو صالحه على الدنانير مطلقا ولم يشترط شيئا او شرط فيه براءة المشتري
فهو جائز لان الصلح فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط لانه يجوز بدون الحق
فكان اسقاطا للبعض واستيفا للبعض فرجحنا جانب الاسقاط احتيالا
للجواز فصار [illegible] ولا المال للبايع باسقاط الدين كانه قال اسقطت المال

من الدين على المشتري حتى او فكل خمسين دينارا وهذا لان صلح الفضولي في الاسقاط
صحيح اذا ضمن المال واضافه الى مال نفسه الا يرى ان من له القصاص اذا
صالح مع اجنبي على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان
كان من يعطي المال لا يملك به شيئا وكذا خلع الفضولي بمال ضمنه وكذا صلح
الفضولي مع المدعي يصح سوى كان المدعا عليه مقرا بالدين او منكرا ولو بين
فساد البيع من الاصل استرد ما دفع وان فسخ بعد الصحة فللبائع الخيار ان
شاء رد الدنانير وان شاء رد الدراهم والذي يتولى قبضها هو المصالح لما ذكرنا
ولو اشترى عبدا بالف جياد بعد ثبت المال وكفل رجل بالثمن بامر المشتري
ثم ان الكفيل ادى الفا نبهرجة وتجوز بها عنه البائع فان الكفيل يرجع على
المشتري بما كفل به وهو الجياد لانا نعد لانه انما يرجع بما ملك وقد ملك
ما في ذمته من الجياد ورجوعه على المشتري يتعلق بملكه ما في ذمته لا بالاداء
الا ترى انه لو ملكه بالهبة او الارث يرجع وان لم يوجد الاداء ان قيل الكفيل
ملك اصل الدراهم بالاداء لا الوصف وهو الجودة قيل له لا بل ملك الجياد
لانه ملك ما في ذمته وما في ذمته جياد وهذا لان الزيوف يصلح بدلا عن الجياد
الا ترى ان من اشترى الفا جيادا بالف زيوف جاز بخلاف ما اذا حط البائع عن
الكفيل فانه يرجع على المشتري بما ورا المحطوط لا باصل الثمن لان تسعمائة لا يصلح
بدلا عن الالف لانه ربوا فلا يملك الكل باداء البعض اما النبهرجة تصلح بدلا
عن الجياد لان جيدها ورديها سوى فجاز ان يملك الجياد باداء النبهرجة
وهذا لان الحط ابرا عن بعض الثمن وابرا الكفيل اسقاط ولهذا لا يرتد بالرد
ويجوز تعليقه بالشرط ولو ابرى عن الكل لا يرجع على المشتري لانه لم يملك
ما في ذمته بخلاف الهبة لانه تمليك ولهذا يرتد بالرد ولا يجوز تعليقه
بالشرط فرق ___ بين ابرا الاصيل وبين ابرا الكفيل وتسوية بينهما في
الهبة والفرق ان الابرا اسقاط محض في حقه لانه ليس في حقه الا مجرد
المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الاصيل لان
اصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان المال الذي هو واجب له في ذمته

عن

عين يصير له بالاداء فيصير هذا تصرفا باسقاط النقل عنه وبجعل الواجب له فصار
اسقاطا من وجه تمليكا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا يصح من غير
قبول لشبهه بالاسقاطات ويرتد بالرد لشبهه بالتمليكات ولو وهب من
الكفيل يرتد بالرد كما وهب من الاصيل لان الهبة لفظ وضع للتمليك ويمكن
تحقيق الهبة في حق الكفيل كما في حق الاصيل لان هبة الدين من غير من عليه
الدين منه تقتضي القبض منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين وامكن ذلك
لان له ولاية قبض الدين قصدا باحالة الدين اليه فيثبت ذلك فيهما تقتضي له اذا
استقام تحقيق الهبة منه وجب الحمل على معنى الهبة كما في حق الاصيل
وقد ذكرنا انه لو ابرا الاصيل يصح من غير قبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى
التمليك انما نعلله الدين فاذا ذهب منه ولا دين عليه انتقل الدين من
الاصيل الى ذمة واستكمله الحالة حواله الا ترى انه لو احال ذمته بالف للمحيل
على المحتال عليه المحيل بحواله والمحتال عليه بالابرا او يرجع المحيل على المحال بدينه
لان الدين قائم والمانع من الرجوع تعلق حق المحتال له وقد زال فيرجع كما لو ابرا
المرتهن الراهن من الدين له ان ياخذ رهنه ولو وهب المحتال له للمحتال عليه جاز
ولا يرجع المحيل على المحتال عليه والفرق ما ذكرنا ان الهبة تمليك لو اضيف
الى العين يفيد ملك العين فاذا اضيف الى الدين والدين مما يحتمل التمليك
فانه مال يصلح صداقا وثمنا بالذكر ويجري فيه الارث والوصية وغير ذلك
ملك المحتال عليه دينا وكانت الحوالة مطلقة ووهب المحتال له المال للمحتال عليه
ان يرجع على المحيل بدين الحوالة فاذا كان عليه دين للمحيل لو رجع المحيل بدينه على
المحتال عليه كان له ان يرجع على المحيل فاذا لم يكن فيه فائدة وقعت المقاصة اما
الابرا الاسقاط محض ليس فيه معنى التمليك ولهذا لو اضيف الى العين لا يكون
تمليكا للعين وكذا اذا اضيف الى الدين والساقط يتلاشى فلو رجع المحيل على
المحتال عليه بدينه لم يكن له ان يرجع على المحتال لانه لا دين له في ذمته فيرجع الا
ترى انه لو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين او كانت الحوالة مطلقة فابرا المحتال
له المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بشي على المحيل ففرق بين ابرا الكفيل وابرا الوكيل

وابرا الوكيل المشتري فان ابراه يرتد بالرد كالهبة منه ويرجع على الموكل في الابرا
كما يرجع في الهبة والمعروف ان الثمن واجب عليه لانه اصل في حق الحقوق وكان
الابرا والهبة سوا كما في حق الاصيل فان لم يرجع الكفيل على المشتري بالجياد
حتى استحق العبد فلا سبيل للمشتري على البايع ولا على الكفيل لانه انما سهرجة
ليس له الا ذلك اما لا سبيل على المشتري لما قلنا من فساد الكفالة واما الكفالة
لما قلنا من بطلان الامر عطلق واما الرجوع بالف سهرجة لنا على البايع لان
المقبوض الف سهرجة وقد صار مضمونا عليه بالقبض كما في الغصب فيرجع
بعينه ان كان قايما وبمثله ان كان هالكا واما على المشتري فلان رجوعه
على المشتري بعد الاستحقاق وبطلان الكفالة متعلق بالادا الا بما له كما في ذمته
وقد ادى السهرجة فكان له ان يرجع بالسهرجة فان قيل وجب ان لا يرجع على
المشتري بحق الامر لانه خالف امره كما لو ادى الدنانير ثم استحق العبد قبل
رجوعه على المشتري لا سبيل له على المشتري فيما له السهرجة من جنس الجياد
لكن النوع مختلف والخلاف في نوع ما امر به اذا كان الى خير لا يعد خلافا
الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف سهرجة اذا باع بالف جياد جاز بخلاف الدنانير لان الدنانير
ليس من جنس الدراهم واذا نقد الكفيل جيادا ان اخذها من المشتري رجع بها
المشتري على البايع لقيامه لقيام المامور هذا اذا استحق العبد ولو لم
يستحق ولكن مات قبل القبض وقد نقد الكفيل سهرجة بعد ما كفل بالجياد
لم يكن للكفيل على البايع سبيل لانه لو نقدها ثم مات العبد قبل القبض
لم يكن له عليه سبيل لانه نقد بحكم كفالة صحيحة حال قيام الدين في ذمته وذمة
المشتري فصار بمنزلة ادا المشتري بنفسه لكن يرجع على المشتري بالف
سهرجة والفرق بين هذا وبين ما اذا استحق العبد حتى بقي البيع على حاله حيث
يرجع الكفيل على المشتري بالف جياد والفرق ان العبد اذا مات وانفسخ
البيع سقط الثمن عن المشتري وسقط عن الكفيل ايضا فظهر ان
الكفيل بادا السهرجة لم يملك الجياد حتى يرجع عليه بالجياد بحكم الملك
فلو رجع رجع بحكم النقد بامره وقد نقد السهرجة فيرجع بالسهرجة ويرجع

المشتري بمثلها على البايع لان نقد الكفيل بامره صار كنقد المشتري ولو نقد بنفسه
سهرجة ثم مات العبد يرجع عليه بمثل ما نقد كذلك هنا بخلاف ما اذا لم ينفسخ
لان البيع قايم فكان الثمن واجبا في ذمة المشتري والكفيل فاذا السهرجة
ملكها في ذمته وهو الجياد فيرجع بذلك وهذا لانه لو رجع على المشتري بالجياد
كان للمشتري ان يرجع على البايع بالجياد ايضا لان الثمن كان جيادا ولا يجوز ان
يقبض البايع رديا ويدفع جيادا فيرجع الكفيل بما ادى حين يرد البايع ايضا
على المشتري مثله بخلاف حال قيام العقد لانه لو رجع على المشتري بالجياد
لا يؤدي الى هذا وهذا لان البايع استوفى اصل حقه ووهب منه صفة الجودة
فيعتبر هذا بما لو وهب بعضه واستوفى بعضه ولو مات العبد وانفسخ لم يرجع
عليه لانه تبين ان الهبة باطلة وانه ترتب ذمته سواء الاصيل فكذا اذا وهب
الجودة واستوفى اصل الدراهم دون الجودة ولو تقايلا البيع ينبغي ان يرجع الكفيل
بما كفل ويرجع المشتري بموجب البيع ايضا هذا اذا نقد الكفيل دون الثمن
اما اذا نقد اجود من الثمن بان كان الثمن سهرجة وقد نقد الجياد لم يذكر صاحب
الكتاب رحمه الله جواب الاستحقاق في هذا الفصل وانما ذكر جواب الموت وذكر
محمد رحمه الله في الاصل جواب الاستحقاق فقال الكفيل يرجع على المشتري بالف
سهرجة قبل الاستحقاق لان رجوع الكفيل هنا بما ملكه في ذمته لانه بالادا وقد
ملك الفا سهرجة فيرجع بذلك وهذا لانه متبرع بوصف الجودة لانه
غير مطالب به ولو تبرع بالاصل لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بالوصف
فاذا استحق العبد فالكفيل بالخيار ان شا اخذ من البايع ولانه ظهر انه
اخذ الفا جيادا بحكم الكفالة الفاسدة فلان الرجوع هنا بحكم الامر
لبطلان الكفالة وقد امر بدفع الف سهرجة فاذا ادى الجياد صار متطوعا
في حق الزيادة كما لو ادى الزيادة من حيث العدد فلا يرجع عليه ثم المشتري
يرجع على البايع بالف جياد لانه قام مقام الكفيل على ما مر هذا اذا استحق
العبد واما اذا مات قبل القبض لم يرجع الكفيل على البايع لما قلنا ورجع
على المشتري بالثمن وهو السهرجة لان الرجوع هنا بحكم الامر وقد امر

بنقد الف درهم بهرجه فصار الكفيل متطوعا باداء الزيادة فيرجع على المشتري
بالثمن ثم يرجع المشتري على البائع بمثل ما اخذ من الكفيل الا ان اداء او يسلم
ذلك للمشتري لانه انما يرجع لما به من قيام الكفيل بقضاء الاداء عند الانفساخ
البيع بمثل ما قال محمد رحمه الله في الاصل فقال لان الكفيل تطوع على المشتري بفضل
الدراهم فصار ذلك المشتري يجعل الكفيل متبرعا على المشتري لا على البائع لان
اداءه لاجل المشتري فكانه ملك الفضل من المشتري وهذا لانه في الحال وقضى
الدين كان منفصلا على المشتري لا على البائع فكذا في حق زيادة الجودة
يجعل منفصلا على المشتري ثم استشهد محمد رحمه الله في الاصل فقال الا ترى
ان رجلا لو امر رجلا بان يعطي فلانا عشرة دراهم على ان يكون قرضا للآمر
على القابض يكون قرضا للمعطي على الآمر جاز فان اعطى المامور القابض دراهم
جيادا فقد بنت المال كان للمامور على الآمر مثل الدراهم التي امر به ولا بالفضل
لانه لم يؤدها ذلك الآمر ثم يرجع الآمر على القابض بعشرة جياد بعد … المال
لان المامور باصل القرض كان متفضلا على الآمر لا على القابض فكذا في حق
صفة الجودة فصار الآمر مستقرضا اصل الدراهم وقد قبضه معنى بقبض القابض
مع زيادة صفة فيكون في اصل الدراهم مقرضا وفي الزيادة متبرعا … وقعت
له الجياد قرضا منه للقابض فيرجع بمثلها عليه فالحاصل ان القرض فيما بين
الآمر والقابض بحكم القرض فيه … نقد ما بينا وله الامر ولو اشترى
عبدا بالف درهم وامر رجلا ان ينقد عنه الثمن بغير كفالة فنقد فهذا على وجهين
اما ان نقد اجود او اردى فان نقد اجود من الثمن فعل الاستحقاق والموت لم يرجع
على المشتري الا بالثمن لان الرجوع هنا بحكم الامر وهو غير مامور في الزيادة
فكان متطوعا فان استحق العبد لم يكن للمشتري على البائع سبيل لما قلنا في
الكفيل … لان المامور بالخيار ان شاء اتبع البائع وان شاء اتبع المشتري اما البائع فلانه
قبضه بحكم امره قضا فاسدا واما المشتري فلانه ادى بامره فان اتبع البائع اتبعه
بما ادى اليه وان اتبع المشتري اتبعه بالثمن لانه في حق الزيادة متطوع ثم المشتري
يرجع على البائع بمثل ما اخذ من المامور وان مات العبد في يد العبد لم يكن للمامور

على البائع سبيل لصحة الاداء ويرجع على المشتري بالثمن لان الرجوع بحكم الامر
وقد امر باداء الثمن وهو المؤدى ويرجع المشتري على البائع بمثل ما نقد المامور
لما ذكرنا في الكفيل وهذا لانه القابض من حيث المعنى من الآمر لان قبض البائع
في الابتداء يقع للآمر ثم لنفسه في حالة البقاء كما لو امر رجلا ان يطعم عن كفارة
ظهاره او يمينه فاطعم جاز ويقع قبض المسكين للآمر اولا ثم لنفسه وان نقد ادون
من الثمن فعل الاستحقاق او الموت لم يرجع على المشتري الا بمثل ما نقد فرق بينه
وبين الكفيل فان قبل الاستحقاق او الموت يرجع على المشتري بمثل الثمن الف درهم
جياد والفرق ان رجوع الكفيل يتعلق عليه بما في ذمته لما ذكرنا وفي ذمته
جياد فيملك ذلك ويرجع بها فاما رجوع المامور يتعلق بالاداء الا ان قبله لم يجب
للطالب على المامور شي ولا يجب للمامور على الآمر ايضا ما لم يؤد فاذا ادى وجب
له عليه ما ادى وان شاء اتبع المشتري ثم المشتري يرجع بمثل ذلك على البائع لقيامه
مقامه وان مات العبد لم يرجع المامور على البائع بشي وانما يرجع على المشتري بما نقد
ثم يرجع المشتري على البائع بما نقد المامور ثم استشهد محمد رحمه الله في الاصل فقال
رجل اجر دارا من رجل بعشرة دراهم سنة ودفعها اليه ولم يسكنها المستاجر حتى امر رب
الدار المستاجر ان يعطي رجلا عشرة دراهم من اجر الدار على ان يكون ذلك
قرضا لرب الدار على القابض فدفع اليه ثم انتقضت الاجارة بموت احدهما
فلا سبيل للمستاجر على القابض لانه حين ادى عشرة دراهم باسم الاجرة كان صحيحا
فصار قبضه للآخر اولا لان انتقاض الاجارة لم يظهر فساد العقد في الاجر
كما في موت العبد هنا فصار كانه وكيله فيما قبضه ثم صار قابضا
لنفسه قرضا من جهته فكان المواجر قبضها حقيقة ثم دفعها اليه قرضا
ولو كان كذلك لا يكون للمستاجر على القابض سبيل كذلك لكنه يرجع على
المواجر ثم المواجر يرجع على القابض كذلك فصار كان المامور نقد
للمشتري ثم المشتري نقد البائع ولو كان المستاجر نقد ادون من الاجر لم يرجع
على الآخر الا بمثل ما نقد لانه نقد من حيث المعنى اصل الاجر ولم ينقد
الجودة حتى انتقضت الاجارة لو لم ينقد الاجر اصلا حتى انتقضت الاجارة

لم يرجع الآخر بشيء فكذلك إذا لم ينتقد الجودة لا يرجع بها وإن نقد أجود لم يرجع
الأعلى الآخر لأنه في حق الجودة متطوع ويرجع المؤاجر في الوجهين جميعا على
المستقرض على قياس قوله لأن المستأجر إذا أصل الآخر ثم ينفصل على المؤاجر
فإنه يعطيه الأجر قبل وجوبه فكذلك في حق الجودة يجعل متفضلا على رب
الدار فكذلك فيما تقدم من المسائل في المبسوط لو اشترى عبدا من رجل ونقده
الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد لم يكن على الكفيل
شيء لأن العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الأصيل عن تسليم نفسه فكذلك
الكفيل بما ضمن الثمن ولا يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد
لأن الهلاك قبل التسليم ليس بدرك إنما الدرك الاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به
عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لأن العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكنه
استحق نصفه ورد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل إلا ثمن النصف المستحق
لأن الدرك تحقق في ذلك النصف أما النصف الآخر فإنما رده المشتري بعيب
التبعيض وذلك ليس بدرك والله أعلم

باب من المفاوضة

أصل الباب أن شركة المفاوضة جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما
المفاوضة وقال الشافعي رحمه الله إن كان مالك رحمه الله فإن كان لا يعرفها فلعله
فقد قيل اشتقاقها من التفويض فإن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في
جميع مال التجارة وقد قيل اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر
واستفاض الخبر فلما كان هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات
سمي هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة
وقيل اشتقاقها من المساواة قال القائل لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم
سادوا أي متساوين فلما كان هذا العقد مبنيا على المساواة في المال والربح
سمي مفاوضة وإن كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
تفاوضوا فإنه أعظم للبركة وقال إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة وأما الشافعي
فإنه بنى على مذهبه أن الأصل شركة الملك على ما ذكرنا وما هو موجب المفاوضة
قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا أفسدها وقال لأنها تتضمن الكفالة بالمجهول

في الدنيا عقد فاسد
فهو المفاوضة وربما
قال إنه نوع من القمار
فأما صح

للمجهول فإن كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة
للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى والذي نقول إنه ضرب من القمار وإنما يدخل ذلك على
مذهب ابن أبي ليلى والثوري رحمهما الله فإنهما يقولان إذا ورث أحدهما مالا يكون
ذلك مشتركا بينهما لما ذكرنا على مذهبنا وحجتنا أن هذه شركة تتضمن الكفالة والوكالة
وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة وأما الجهالة فبعينها لا تبطل ولكن
يمكن المنازعة بسببها وذلك منتف هنا فإن كل واحد منهما إنما يصير ضامنا عن
صاحبه ما لم يلزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثله
يوجد في شركة العنان فإن التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا ثم صحت
شركة العنان وإن تضمنت ذلك لأن ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد
فكذلك المفاوضة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تنعقد إلا بلفظة
المفاوضة حتى لو لم يذكر لفظة المفاوضة يكون عنانا عاما والعنان قد يكون
خاصا وقد يكون عاما وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة
فلا يتحقق بينهما الرضى بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة
قائما مقام ذلك فإن كان العاقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما
إذا ذكرا معنى المفاوضة وإن لم يصرحا باللفظ لأن المعتبر المعنى دون
اللفظ ومن شرط هذا العقد أن يستويا في رأس المال ابتداء وبقاء ولا يختص
أحدهما عنه بمال يصلح أن يكون رأس مال الشركة من النقود دون صاحبه ويتساويا في الربح
ولا يشترط لأحدهما زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة وأن
يكون كل واحد منهما في التجارة فيما كان من جانبه أصيلا في النصف ووكيلا عن
صاحبه في النصف وكفيلا عن صاحبه بما وجب من ضمان التجارة ولو اجتمعا
تحقيقا للمساواة بينهما وتصرف كل واحد منهما فيما كان من التجارة وتوابعها إنما
ينفذ على صاحبه بسبب الشركة وعلى نفسه بقيام الأهلية الأصلية على نفسه
لا بسبب الشركة لأن الحاجة إلى الشركة فيما كان على غيره فإن كان مال
أحدهما أكثر من الآخر بأن كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان أو مائة دينار
قيمتها أكثر من ألف أو ورث أحدهما بعد المفاوضة أو وهب له ما يصح به الشركة

بطلت المفاوضة عندنا ويكون عنانا عاما وقال ابن ابي ليلى رحمه الله هي مفاوضة
جائزة والمال بينهما نصفان فيما وبينه التفاوت ان من شرائط المفاوضة المساواة
فقلنا لما انعدم شرطها لم يكن مفاوضة ولكن عنانا عاما فكانهما اشتركا شركة
العنان ولفظاه لفظ فاسد وهو يقول بقصد الصحيح المفاوضة ولا وجه لتصحيحها
الا ان يجعل ان يصير صاحب الفضل مملكا بعض راس ماله من صاحبه ليستوي
به فيصير كانه وهب منه بعد راس المال حتى يحصل مقصودهما بمنزلة الوكالة
لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم يدرج التمليك في كلامه لتحصيل مقصودهما
وهذا مستقيم على اصله فانه يجوز هبة المشاع فيما يحتمل القسمة من الشريك
ولهذا لا يجوز عندنا فالظاهر انهما لم يقصداه لان اشتراط المساواة في راس
المال في هذه الشركة من دقائق العلوم لا يعرفه الا الخواص من الناس وبين
العلماء رحمهم الله فيه خلاف فلعل المتعاقدين هذا العقد على قول من يرى
جوازه مع التفاوت في راس المال ولا يجوز ابطال شي من الملك على احدهما بالاجماع
وقال ع والهبة تقتضي المفاوضة المشتركة بينهما في الملك الذي يحدث لاحدهما
بعد كما لو ملك احدهما شيئا بسبب التجارة لكنا نقول عقد المفاوضة
بما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لان كل واحد منهما يكون
وكيلا عن صاحبه في ذلك التصرف وهذا في الارث لا يتحقق الملك في
الميراث لمن يحدث لان الورثة خلافة فيبقى للوارث الملك الذي كان
ثابتا للمورث وبسبب هذه الخلافة لم يوجد في حق الشريك ولو قلنا بان
المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها
لانها تصير في معنى القمار والمخاطرة وذلك باطل شرعا واذا لم تثبت الشركة
بطلت المفاوضة لوجود التفاوت في راس المال الطاري بعد العقد قبل
حصول المقصود به كالمقترن بالسبب وحرف [illegible] ان العزل الحكمي
يحصل بدون العلم لانه يثبت حكما للامر لا مرد له والقصدي يتوقف على
العلم دفعا للضرر عن الوكيل اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اذا
اشترك الرجلان شركة مفاوضة ثم ان احدهما امر رجلا ان يشتري

له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن حتى صحت الوكالة وصار الرجل وكيلا عنهما لان
الوكالة من توابع التجارة وقد ذكرنا ان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما هو
من توابع التجارة انه لو نهاه الاخر عن الشرى صح نهيه حتى لو اشترى بعد ذلك
يصير مشتريا لنفسه لان عزل الوكيل من صنع التجارة للموكل فكان عزل
احدهما كعزلهما الا ترى ان لاحد شريكي العنان والمضارب ان يوكل بالتصرف
استحسانا لان التوكيل من عادة التجار لما فيه من تحصيل مقصودهم وهو الربح فيصير
كل واحد منهما كالاذن لصاحبه بخلاف الوكيل بالبيع والشرى حيث لا يملك توكيل
غيره لان المقصود تحصيل الغير وهو رضي برايه لا براي غيره والناس يتفاوتون
في الراي ولان الوكالة التي تضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا
صحت من غير بيان جنس المشترى وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل ان
يوكل فانه لو قال لوكيله اعمل برايك كان له ان يوكل غيره فاذا ملك المضارب
وشريك العنان التوكيل فالمفاوض اولى فلو لم يشتر الوكيل حتى تناقضا
المفاوضة وقد فاوض كل واحد منهما رجلا اخر فاشترى المامور بعد ذلك
وهو يعلم بنقضهما او لا يعلم لزم العبد الامر وليس لشريكه الاول ولا للثاني فيه
شي اما جواز الشرى على الامر لانه وكيله حقيقة ولا تعلق لصحة الوكالة بالمفاوضة
واما الاخر لشريكه الاول فلان تصرف كل واحد من المفاوضين فيما كان من التجارة
وتوابعها انما ينفذ على صاحبه بسبب الشركة والشركة قد انتقضت في حق الشريك
الاول فبطل ما ينبني عليه وان لم يعلم الوكيل لانه عزل حكمي فلا يفتقر الى العلم
وقال بعضهم انه عزل قصدي لانه نقض معنى التوكيل قصدا فيتضمن نقضه
العزل قصدا ولكن القصدي انما يتوقف على العلم في موضع يتضرر به الوكيل ولا ضرر
ههنا لو جعلناه وكيلا للامر خاصة لان الثمن غير مدفوع اليه حتى يلحقه الضمان
لو دفع الثمن الى البائع والعهدة راجعة الى الوكيل لا محالة ورجوعه على الامر
في الوجهين بمعنى لم يتضمن اضرارا انه انعزل عن وكالة الاخر وبقي وكيلا في
حق الامر لان وكالة الامر على نفسه ما كان بسبب الشركة وانما كان
لقيام الاذن على نفسه ولم يقع في ذلك بسبب خلل فبقي وكيلا في حقه وصار مشتري

وكيله في هذه الحالة كشرائه بنفسه واما على الشريك الثاني لان قيام
الشركة وقت الشراء ووقت التوكيل يمنعه كما لو وجد مع الاول وقت
الشراء وهذا لان توكيل الامر اياه توكيل على عقد الباقي وانما ينقض عقد المفاوضة
معنى التوكيل في المستقبل لا في الماضي والتوكيل امر لا بد منه لثبوت الشركة
في المشتري ولا يفسد المفاوضة وان ازداد مال احدهما لان المفاوضة انما يفسد
بازدياد مال عن حصته داخل في مال الشركة والعبد لا يصلح داخلا في مال الشركة وليس
للوكيل ان يرجع على شريكه الاول بالثمن لو اخذه اخذ بحكم الكفالة التي تضمنها
المفاوضة وحين وجب الثمن على الامر من الامر من الاول شركة ولا يكون
كفيلا عنه ولكن الوكيل بالخيار ان شاء رجع على الامر بالثمن وان شاء رجع على
شريكه الثاني اما على الامر لانه وكيله بالشراء والوكيل بالشراء ان يرجع بالثمن
على الامر سوى نقد الثمن من ماله او لم ينقد واما على شريكه لانه كفيل
عن صاحبه بما لزمه من ضمان التجارة وقد ذكرنا تعم كفالته وان كان
هذا في عبد وقع للشركة خاصة كما لو اشترى احدهما طعاما او كسوة لنفسه
وعياله فانه يختص المشترى ويكون صاحبه كفيلا عنه فان ادى المشتري الشريك
عن العبد من ماله خاصة ان باعه بذلك عرضا او واصله بدين وجب له عليه
قد ورثه من قد سه رجع به على الامر لانه ادى دينه بحكم الكفالة وان ادى
من مال المفاوضة رجع عليه بنصفه لان نصف المودى ماله فيرجع بذلك ولا يفسد
المفاوضة وان ازداد مال احدهما لان الزيادة دين وهو ليس من جنس مال
الشركة وقد ذكر ان الزيادة اذا لم يكن من جنس داخل في مال الشركة لا يفسد
المفاوضة والى هذا اشار في الكتاب فقال انما يفسد المفاوضة اذا كان
لاحدهما دراهم او دنانير خاصة ليس لصاحبه منها شيء الا ترى انه لو ورث
دينا على رجل لم يفسد المفاوضة وان رجع على الامر فان ادى من خالص
ماله بان باعه عرضا او ورث دينا على الوكيل لا يرجع شريكه عليه بشيء لانه
ادى دينه من خالص ماله ولا يفسد المفاوضة وان ادى من مال الشركة يرجع
شريكه عليه بنصفه لانه قضى دينا عليه من ماله استشهد محمد رحمه الله فقال

ان احد المتفاوضين لو وكل غيره ان يشتري عبدا له واشترى من احد البائع الثمن
اي المتفاوضين اورد هذه المسألة ليبين انه يجوز ان يواخذ احد المتفاوضين
بضمان تجارة يجب على احدهما وان لم يكن الضامن في ذلك حظ فانه لا حظ للوكيل
فيما اشترى لغيره في المشترى وانما الحظ لموكله ومع هذا الحظ لموكله ومع هذا لو
اخذ صاحبه بما وجب عليه من الضمان فلان يواخذ بضمان تجارة يجب على صاحبه
والضامن في هذا الضمان حظ كان اولى ولكل واحد من المتفاوضين ان يرجع
بثمن العبد على الامر فقال ان يؤديه اما المشتري فلانه وكيل بالشراء والوكيل
بالشراء ان يقبض الثمن من الموكل قبل الاداء واما الشريك فلان ما يجب
لاحدهما من حقوق التجارة يجب لصاحبه مثل ذلك حتى يستويا الا ترى
انه كما يثبت للوكيل بالشراء حق قبض المبيع من البائع يثبت لصاحبه مثل
ذلك حتى يستويا وانما نقد الثمن اخذ المبيع له ان يحبسه لاستيفاء الثمن
من الموكل وكذا لشريكه لان عمل احدهما كعملهما في اعمال التجارة فصار شرى
احدهما كشرائهما ولهذا قلنا ان من نوادره في العيون بن سماعة عن محمد رحمهما
الله في متفاوضين اشترى عبدا الف درهم فلم يقبضه حتى لقي صاحبه البائع
واشترى منه بالف وخمسمائة فانه جائز وقد انتقض الاول لو كان عرف العقد او
لم يعرف لان شرى الاول وقع على المفاوضة والشركة وشرى الثاني كذلك
لان حكمهما انما العقد احدهما من التجارة وما اجتمع عليهم سوا فصار
شرى الثاني فسخا للاول او زيادة في الثمن الاول والزيادة تلحق اصل
العقد لقيام عن محمد رحمه الله في رجل وصي مال احدهما لشريكه لا يبيع هذه
الجارية فباعها فان بيعه جائز وكذا لو قال لا تشتر هذه الجارية فاشتراها
جاز لان مقتضى عقد المفاوضة اطلاق التصرف لكل واحد منهما في كل المال
وحكم العقد ان لا يعمل نهيه مع قيام ما يوجب التصرف الا ترى
ان المولى اذا نهى عبده المأذون عن شرى شيء او التصرف في نوع لا يصح
نهيه اذا نفذ وضوا الطلاق ثم دفع احدهما كر حنطة من مشتركهما الى
رجل وامره ان يشتري به عبدا فاشترى الوكيل له عبدا بكر حنطة وسط

بغير عينه مثل كذا الامر جاز الشرى على الامر وان لم يشر اليه بعينه
لهذا في وكر بعينها ولم يذكر القياس والاستحسان في كتاب الوكالة وذكر
فيها القياس والاستحسان والقياس ان يكون مخالفا ومشتريا لنفسه وفي
الاستحسان لا يكون مخالفا ولا مشتريا لنفسه وجه القياس انه
خالف الموكل لانه امره بان يشتري له عبدا بكر حنطة بعينه
وشرى العبد بكر حنطة بعينه شرى من وجه بيع من وجه فاذا اشترى
الحنطة في الذمة فقد اتى شرا من كل وجه لان الحنطة في الذمة شرا من كل
وجه فكان خلافا الى شر لان للموكل في تعيين الحنطة فايدة لسقوط الثمن بهلاكها
في يد الوكيل قبل التسليم حتى لا يرجع على الامر بشيء ولا يجب الدين في ذمته
فاذا اشترى بكر في الذمة ثم هلك الكر لا يبطل الشرى ويتبعه بمثل ذلك
والرضا بالشرى على وجه لا يلحقه الضمان لو هلك ما قبله لا يكون رضا بالشرى
على وجه يلحقه الضمان او هلاك الا ترى انه لو دفع اليه الفا وامره ان
يشتري له بها عبدا فهلكت تبطل الوكالة وان كانت الدراهم لا تتعين في الشرى
لفوات مقصوده وهو عدم وجوب الدين في ذمته للوكيل فهنا اولى
الا ترى انه لو وكله بالشرى من المكيل والموزون فاشترى بغير ذلك النصف
لم يلزم الامر لانه لا يحصل مقصود الامر فان مقصوده تحصيل العبد له بهذا
النصف الذي سماه فاذا لم يحصل مقصوده كان مشتريا لنفسه ووجه
الاستحسان ان الوكيل خالف الموكل في نوع ما امره الى خير لانه امره ان يحصل
له ملكا في عبد بكر حنطة وسط بعينها وقد حصل له الملك في العبد بكر حنطة
وسط في الذمة فكان الجنس واحدا والنوع مختلفا وهذا خلاف الى خير لان
ملك العبد بكر حنطة في الذمة اثبت لانه لا يبطل بهلاك الكر المعين وفيما
يرجع الى تحصيل الغرض المطلوب الاطلاق والتقييد سواء بل الاطلاق
اقرب الى تحصيل الغرض وما ذكر من التفاوت ساقط في غير ما دل عليه كلامه
وانما ينظر الى التفاوت فيما دل عليه كلامه ولا تفاوت فيه لما ذكرنا اقصى ما في
الباب انه اتى بتصرف هو بيع من وجه شرا من وجه وقد اتى بالشرى من كل وجه

الا انا رجحنا جانب الشرى في الامر لانه استعمل الكر استعمال الاثمان حيث
قرنه بحرف الباء وحرف الباء يصحب الابدال والاثمان وفي ترجيح جانب الشرى
تصحيح العقد على الوجه الذي قصده العاقد وتحصيل مقصود الامر ونفي
الضمان عن المتصرف والضمان لا يلزمه بالشك فلهذا رجحنا جانب الشرى نظيره
ما ذكر في المضاربة اذا دفع الى رجلين الف درهم مضاربة بالنصف فاشتريا
بالالف عبدا ثم باعه احدهما واجازه الاخر لان بيع احدهما موقوف على اجازة
الاخر باعتبار انه ينعقد بعقده على العاقد لان بلفظ البيع ينعقد فيكون
اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء ولو كان احدهما باع العبد بشيء بعينه واجاز
صاحبه في القياس لا تعمل اجازته لان في بيع المقايضة كل واحد من
العاقدين مشتريا عوض صاحبه والشرى لا يتوقف على الاجازة كما لو
اشتريه بالدراهم واذا لم تعمل اجازته فيما اشتراه صاحبه فكذلك لا يعمل
في البدل الاخر وفي الاستحسان ينفذ العقد باجازته ويكون بدله من المضاربة
لان في العوض الذي من جهته هو بائع وبيعه يتوقف على اجازة صاحبه ويجعل
اجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فمن ضرورة اعمال اجازته في نفوذ
العقد به في احد البدلين اعماله في البدل الاخر ثم لهذا العقد في احد البدلين
شرى وفي البدل الاخر بيع ولكنا رجحنا جانب البيع لان العوض الاخر مذكور
في العقد على وجه الثمن فانه قرنه بحرف الباء يصحب الابدال والاثمان
وفي ترجيح جانب البيع تصحيح العقد على الوجه الذي قصده العاقد عند الاجازة
ونفي الضمان عن المتصرف والضمان لا يلزمه بالشك فلهذا رجحنا جانب البيع الا ان
في المضاربة رجح جانب البيع وفي الوكالة رجح جانب الشرى لان النفوذ ونفي الضمان
فيه وعلى هذا اذا اودع عند رجل بالالف احال رب دينه على المودع حوالة
مقيدة بالوديعة فقضى الدين من مال نفسه له ان يرجع في الوديعة ولا يكون
متبرعا استحسانا وعلى هذا الوكيل بقضاء الدين اذا استهلك دراهم الموكل وقضى
الدين من مال نفسه له ان ياخذ دراهم الموكل ولا يكون متبرعا استحسانا وعلى
هذا الوكيل بالشرى او بالانفاق على العيال اذا استهلك دراهمه ونقد الثمن

او انفق من مال نفسه لذلك ولا يكون متبرعا وفي القياس يكون متبرعا
لانه قضى دينه من ماله بغير امره وجه الاستحسان ان مقصود الامر
قد حصل فكان اذنا له دلالة ولان في العشر يضيق على الوكيل فربما يحتاج
ولم يثبت الدراهم معه ولا يمكنه حمل الدراهم مع نفسه في كل وقت لما فيه من
الحرج فيجعل ماذونا فيه ولبين المقصود من التعيين الشرى بها لانه لا فائدة فيه
بل الفائدة عدم رجوع الوكيل عليه وتعلق التوكيل بالمنقود حتى لو هلك
بطل الوكالة لانها لو بقيت لزم الشرى للموكل وهو لا يقدر على رد الثمن من
مال اخر ولا يتمكن من الامتناع عن البيع لان الوكيل والاب اجنبي لا يسلما الثمن بخلاف
ما اذا كان قائما في يده من المشايخ رحمهم الله من قال القياس والاستحسان
في قضاء الدين لانه ليس فيه شرى ولا يجب الدين للمامور على الامر اما في الوكيل
في الشرى والانفاق له ان ياخذ مال الموكل لا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لان
في الابتداء شرى والشرى بحكم الوكالة يوجب دينين دين للبائع على الوكيل
ودين للوكيل على الموكل ولهذا كان للوكيل ان يرجع على الموكل قبل الاداء من
ماله ولو ابراه البائع له ان يرجع على الموكل وقد ظفر بمال مديونه وكان
له ان ياخذ بدينه فان لم يبين الوكيل حتى افترق المتفاوضان فاوضى كل
واحد منهما رجلا امره الوكيل بعلم عادعهما ثم اشترى منهما للامر خاصة لما قلنا
في المسئلة الاولى وان لم يعلم بالمناقضة فهو بين الشريكين الاول لمن ولا شيء للشريك
الثاني منه لان الامر كان قبل الشركة ثم اذا علم ونقد الكل الذي في يد البائع
وللشريك الذي لم يامر ان يضمن نصف الكل ان شاء الوكيل وان شاء البائع من
البائع ثم البائع يرجع على الوكيل ورجع الوكيل على الامر وعلى شريكه الثاني
لانه انما نقد الدين بعد ما صار هو وكيلا عنه وفرق في الجامع بينما اذا كان
الثمن مدفوعا الى الوكيل وبينما اذا لم يكن في ايجاب الوكالة سوى بينهما وقال
في المسئلتين العبد للامر خاصة علم او لم يعلم واختلف المشايخ رحمهم الله فمنهم من
قال في المسئلتين روايتان ومنهم من لم يصحح رواية الوكالة منهم عيسى بن ابان والقاضي
ابو حازم رحمهما الله وجه رواية الوكالة ما ذكرنا ان المشتري مامور من جهة

الا

الامر وانما يلزم الشريك بحكم الوكالة الثابتة في ضمن المفاوضة وقد
انتقضت لك كما اذا لم يكن الثمن منقودا وجه رواية الجامع وهو
الفرق بين المسئلتين ان الثمن اذا كان منقودا فالامر اختص تعلقا بمال الشركة
ولهذا يبطل بهلاكه وان كان التوكيل والشرى يصح بدون التعيين فصار كما
لو وكله الشريك صريحا والمناقضة عن الوكيل فيصح اذا علم الوكيل ولم يصح
اذا لم يعلم وجعلت المناقضة كان لم يكن في حق وقوع حكم تصرفه له بخلاف
ما اذا لم يكن منقودا ولان الثمن اذا كان منقودا لو صار مغرورا من جهة علمه
عنا فضته يتضرر بحال الوكيل وصار مغرورا الا به ليشتري العبد بما دفع
اليه الامر على انه لا يلزمه ضمان ما ينقد ولو صار مغرورا لا يلزمه الضمان لانه
انما ادفع الثمن من مال مشترك بينهما فيضمن نصفه لشريكه فيتضرر وهذا المعنى
معدوم فيما اذا لم يكن الثمن منقودا اليه وكذا فيما اذا علم لانه امكنه عن
لنفسه وعدم الشرى والدفع وقيل انما اختلف الجواب بناء على ان نقض المفاوضة
عزل للوكيل قصدا او حكما على ما ذكرنا فمن جعله حكما يقول لا يتوقف
على العلم كموت الموكل وتصرفه بنفسه فيما وكله به ومن جعله عزلا قصديا
يقول يتوقف على العلم في موضع الضرر وهنا فيه ضرر على ما ذكرنا وذكر في الوكالة
اذا دفع الى رجل مالا ووكله بان يقضي به دينه ثم دفع الموكل الى صاحبه ثم دفع
الوكيل وهو لا يعلم بدفع الموكل فلا ضمان عليه قال هذا مثل اخراجه من
الوكالة وانه لا يصح بدون علمه دفعا للضرر عنه فان قيل هذا اخراج حكما
لان الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل فيكون قضاؤه مصادفا للمحل وذلك عزل حكمي
ولا يتوقف على العلم قلنا ليس كذلك فان دفع الموكل بنفسه ليس بموجب للعزل
حكما لانه يتضمن منع الوكيل عن الدفع لانه لا يحصل المقصود بدفعه فقد
ذلك الا ترى لو ان الطالب وجد المقبوض زيوفا فرده كان للوكيل على
وكالته فتبين ان هذا عزله عزل قصدا فيتوقف على علمه وكذا لو وهب الطالب
المال من المطلوب وابراه فهذا عزله عزل قصدا فلا يضمن الدفع بل يرجع
المطلوب بماله على الطالب ان شاء الموكل ماله والوكيل للمؤدى دافعا وقد بين

انه قبض ما ليس له حق القبض ويرجع على الطالب لانه ملكه المقبوض بالضمان
وقد قصد منه بغير حق فكان له ان يرجع عليه فرق ابو حنيفة رحمه الله بين
هذه المسالة وبين المسالة وهي اذا امر كل واحد من صاحبه بادا الزكوة فاديا
معا ضمن كل واحد منهما لصاحبه حصته مما ادى وان اديا على التعاقب
ضمن الثاني لصاحبه حصته مما ادى سوى علم باداية او لم يعلم سوى بين
العلم وعدمه في الزكوة وفرق بينهما في الوكالة وعندهما ان علم باداية
ضمن والا فلا هكذا ذكر في الزكوة وهو موافق لمسالة الكتاب وذكر في
المذكوره ان لا ضمان عليه سوا علم باداء شريكه او لم يعلم قال شمس الايمة السرخسي
رحمه الله وهو الصحيح عندهما ولهما يحتاجان الى الفرق ايضا على رواية الزيادات
وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكوة بعدما ادى الموكل بنفسه والوكيل بعتق
العبد عن الظهار اذا اعتقه بعدما كفر الموكل او ماتت المراة المظاهر عنها
او بعدما عمي العبد عند ابي حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه عنهما وينفذ
علم بتكفير الموكل او لم يعلم على ما ذكر في الزيادات لهما ان ادا الزكوة بنفسه
تضمن عزل الوكيل فلا يثبت حكمه في حقه قبل العلم وانه كان عن قصد
وفعل من الموكل فهو كالتصريح بالعزل كما في المامور بقضا الدين وعرفه
على رواية الزيادات انه مامور بدفع المال الى الفقير على وجه يكون
قربة وصدقة واذا ادى الموكل بنفسه لا يتاتى هذا المعنى فلا يوجب عزله
فكان الادا امتثال امره فلا يضمن بخلاف المامور بقضا الدين فانه مامور
بان يخلصه عما في ذمته مما يدفع اليه وذلك لا يتصور بعد قضا الموكل
بنفسه فكان قضاوه عزلا للوكيل ولكن لا يثبت حكمه في حقه قبل العلم
به دفعا للضرر عنه ولابي حنيفة رحمه الله انه امر باداء الزكوة وقد ادى
غير الزكاة فكان مخالفا ضامنا بيانه ان موجب اداء الزكوة سقوط الفرض
عن ذمته وقد سقط باداء الموكل بنفسه فلا يتصور اسقاطه باداء الوكيل
وكان اداء الموكل عزلا للوكيل من طريق الحكم لفوات المحل وذلك لا يختلف بالعلم والجهل
كالوكيل ببيع العبد اذا اعتق الموكل العبد والوكيل بالطلاق اذا طلق

الموكل او

او خالع او اذا سقطت عدتها بالخلع اذا خالعها الموكل بنفسه فانه يعزل
الوكيل علم بذلك او لم يعلم بخلاف الوكيل بقضا الدين فانه مامور ان يجعل
المودى مضمونا على القابض على ما هو الاصل ان الديون تقضى بامثالها وذلك
يتصور بعد ادا الموكل فلم يكن اداه موجبا عزل الوكيل حكما ولو ادا الموكل
ما وكل بدفعه من العشر ان لهلاك لو لم يوجب الضمان على الوكيل لجهله
باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض ان
كان قايما وتضمينه ان هلك وفي الزكاه لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق
الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه
والضرر مدفوع فلهذا اوجبنا الضمان هناك ثم اذا صار العبد بين المزكين
على رواية الجامع فيما اذا لم يعلم بالمناقضة فرع مسالة ذكرها [illegible] ان
استحق المبيع كان للوكيل ان يرجع على الامر او شريكه الاخر مثل كل
الثمن اما على الامر لانه وكيله بالشرى اما شريكه الثاني لانه كفيل
عن الامر بما عليه من ضمان التجارة وهذا ضمان التجارة وقد لزمه بعقد الكفالة
وليس للوكيل ان يرجع بالكل على شريكه وهو الذي لم يامر بالشرى لانه
لو رجع عليه انما يرجع بحكم الكفالة عن الامر وحال ما قضت الكل على
الامر لم يكن بين الامر وبين شريكه الاول مفاوضة حتى يصير كفيلا عن
الامر بما وجب له عليه فان قيل ان لم يكن للوكيل الرجوع على شريكه
الاول بحكم الكفالة على الامر وجب ان يكون له حق الرجوع عليه بنصف الكل
لانه صار مشتريا نصف العبد له اذا لم يعلم بنقض مفاوضتهما على رواية الجامع
قيل له المفاوض الذي لم يامر بالشرى ما ملك نصف العبد بتوكيله فانه لم
يوكله بالشرى وانما امر المفاوض الذي وكله بتوكيله الشرى في ضمن عقد المفاوضة
ومن وكل بان يوكل غيره حتى يشتري له شيئا فوكل فاشترى الثاني ما وكله به
ليس له ان يرجع على الذي امره وانما يرجع على موكله ثم موكله يرجع على الامر كذلك
هنا واذا لم يكن له ولاية الرجوع عليه لا يكون له ولاية الرجوع على شريكه الثاني
واذا ثبت ان للوكيل ولاية الرجوع على الامر او على شريكه الثاني فان رجع

على الامر فان ادى الكر من خالص ماله لا يرجع شريكه عليه بشيء لانه ادى
دينه من ماله وان ادى من مال التجارة رجع شريكه عليه بنصفه لانه ادى دينه
من مال مشترك وان رجع على شريك الامر فان ادى من مال المفاوضة فله ان يرجع
على الامر بنصفه لانه كفل عنه بامره وقد ادى نصفه من مال نفسه وان ادى
من مال نفسه رجع بكله على الامر لانه ادى دينه بحكم الكفالة عنه وللامر
وشريكه ان يرجعا بنصف الكر على المفاوض الذي لم يامر بالشرى او على
شريكه انما يرجع الامر على الذي لم يامر لانه مامور من جهته بالتوكيل
والوكيل بالشرى اذا ادى الثمن من ماله كان للوكيل ان يرجع على
الامر بحكم الامر واما الشريك الامر ان يرجع على المفاوض الذي لم يامر
لانه يثبت للامر حق الرجوع عليه بسبب لشريكه ايضا تحقيقا للتسوية
بينهما واما لهما ان يرجعا على الشريك الجديد للمفاوض الذي لم يامر لانه وجب
نصف الكر على المفاوض الذي لم يامر وانه ضمان تجارة فيصير شريكه كفيلا
بما وجب عليه بحكم الكفالة فان رجعا على المفاوض الاول الذي لم يامر فان ادى
من ماله خاصة لم يرجع على احد لانه قضى دينا عليه من ماله وان ادى من مال الشركة
رجع شريكه الجديد عليه بنصفه وان رجعا على شريكه فان ادى من مال المفاوضة
يرجع على شريكه بنصفه وهو ربع الكر لانه قضى دينه بكفالته من مال مشترك
وان ادى من ماله رجع عليه بكله لما ذكرنا في المبسوط وان كفل رجل بمال عن رجل
ثم فاوض رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شيء اما عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب التساوي بينهما في ضمان الكفالة
كما لو كانت الكفالة بعد الشركة فان كانت قبلها اولى واما عند ابي حنيفة
فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه
بسبب باشره بعد الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة
لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الاجل والاجل الذي كان
مانعا من المطالبة برسم مضي المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كانت
قبل الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا الا ترى

انه

انه لو كانت الكفالة في الصحة وحل الاجل في مرض الموت تعتبر من جميع المال لانه
دين الصحة ولو كفل بالمال رجلا وهو صحيح ثم فارقه او مات شريكه وحل المال
فانه يلزم شريكه جميع الكفالة في قول ابي حنيفة رحمه الله لان المال انما يلزم بسبب
باشره في حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة
ولما وجب المال بما باشر السبب على الذي باشر وجب على الاخر بحكم الكفالة
عنه فينفسخ الشركة او بمساحتها بالموت لا يسقط ما كان لزمه كما لو اشترى
شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان اداها الشريك قبل الفرقة او بعدها
كان له ان يرجع على الذي امر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك في وجوب
المال عليه والاداء الى الطالب فكذلك في حق الرجوع على الاصيل وهذا لان
بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب ايضا لكل واحد
منهما على الاصيل الذي امر احدهما بالكفالة لان امر احدهما كامرهما فانهما بعقد
المفاوضة صارا كشخص واحد ولذلك لو اداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال
بعد موته كما كان قبله فان كان المفاوض الذي لم يكفل قبل ان يحل الاجل فالمال
حال عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحل على الاخر منهما لان الاصل ثابت في
حق كل واحد منهما الا ان الميت استغنى عن الاجل بموته والحي محتاج الى ذلك
والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر به لان يد الورثة لا تنبسط في التركة
والحي ينتفع بالاجل فيبقى الاجل في حق الحي دون الميت وحلول المال على الميت
بعيد الموت لا يوجب حلوله على الاخر لان الشركة قد انقطعت بموته والله اعلم

باب رجوع احد الشريكين على صاحبه بحصته

اصل الباب ان الدين اذا كان مشتركا بين اثنين على واحد بسبب واحد حقيقة
وحكما فما قبض احدهما كان للاخر ان يشاركه فيه ومتى وجب بسببين مختلفين
حقيقة وحكما او حكما لا حقيقة فما قبضه احدهما لا يشاركه فيه الاخر لانه
غير مشترك وانما يعرف الاتحاد والاختلاف باتحاد السبب واختلافه لان
الحكم يتبع السبب وقد ذكرنا في الباب المتقدم وعرفنا فيه ان الانسان
اذا عاد اليه قديم ملكه رد بدله كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل

في ملك واحد وحرف آخر ما ذكرنا ان الزيوف والستوقة يقع بهما قضا الدين
بخلاف الرصاص والستوقة وحرف آخر ان ادى الضمان يوجب الملك
في المضمون قابلا للكفيل من وقت الاداء كما في الغصب وان لم يكن قابلا للنقل
يظهر في بدله لانه ان تعذر اثبات الملك في المضمون لا يمكن اثباته في بدله كما
في المدبر اذا مات او ابق في يد الغاصب او بطونها فاما الضمان يعمل الملك
في استيفاء البدل كما في غاصب الغاصب ومودع الغاصب اذا استهلك
الوديعة اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اذا كان لرجل على الف
درهم دينا فامر رجلين ان يوديا عنه الفا الى صاحب المال فاديا ثم ان احدهما
قبض من الآخر خمسمائة لم يشركه الآخر الا ان يكونا اديا الفا من مال مشترك
بينهما سوى اديا معا او على التعاقب اما اذا اديا الالف من مال مشترك بينهما
بان كان خمسمائة لكل واحد منهما ممن عن خمسمائة الآخر لان السبب لم
يتحد حكما لان الاداء منهما بمنزلة الاقراض من الغريم فكانهما اقرضا الآمر
الف درهم كل واحد منهما خمسمائة من ماله خاصة لان الغريم يصير مستقرضا
اولا ثم يوكل بقبض الطالب ما اقرضه فيصير قبضا عن الغريم اولا بحكم
القرض ثم قبضا لنفسه بحكم الدين ولو اقرضا الغريم درهم حقيقة
كل واحد منهما خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لا يكون للآخر ان يشاركه
فيما قبض وان اتحد الاقراض حقيقة لانه اختلف حكما لان صحة الاقراض
من الكل واحد منهما غير متعلق بصحة الاقراض في مال الآخر ولهذا لو استقرض
من رجلين شيئا فاقرضه احدهما يصح وهذا لان صحة الاقراض بالقبض وقبض
مال احدهما غير قبض مال الآخر فلم يتحد السبب حكما فلم يكن الدين مشتركا
كذا هنا واما اذا اديا من مال مشترك بينهما فلانه بدل مال مشترك بينهما
وحكم البدل حكم المبدل فان قيل ينبغي ان لا يشاركه وان كان المقبوض
بدلا عن مال مشترك بينهما لان بدل المشترك انما يكون مشتركا اذا
اتحد سبب وجوب الدين حقيقة وحكما كما في بيع العبد صفقة واحدة
وهنا لم يتحد لان سبب وجوب الدين هنا الا الامر لا بدليل ان المامور

بالقبض

بالقضاء اذا انتهيا الى الآمر رجع كل واحد منهما بما يجب له من الدين على الآمر والذي لم يؤد لا
ما يجب له من الدين عند الاداء لم يصح الاستيفاء حتى كان للآمر ان يسترد
منه وكذا لو نقصا دفع الى الآمر ما يجب له من الدين بعد الاداء لم يجز فثبت
ان وجوب سبب وجوب الدين هو القضاء لان القضاء يصير مقرضا والا
قرض ان وجد منهما حقيقة الا انه اختلف حكما فان اقراض كل واحد
منهما في نصيبه غير مشروط بصحة الاقراض في نصيب الآخر حتى ان رجلين لو
اقرضا انسانا مستقرضا شيئا من مال فقبض المستقرض من نصيب احدهما
دون الآخر صح لما قلنا قيل له حق المشاركة هنا في المقبوض باعتبار اتحاد
الشركة في الدين وانما ثبت بسبب آخر وهو ان ما قبضه الآخر من المستقرض
ان كان غير المقبوض حقيقة فهو عين المقبوض حكما بدليل ان اقراض
الدراهم والدنانير الى اجل جائز ولو كان غيره حقيقة وحكما لكان صرفا
نسيئة او بيع الحال بجنسه نسيئة وانه باطل ولهذا لا يصح من المأذون
والمكاتب والوصي في مال اليتيم ولو كان مبادلة لما يجوز ولهذا قال القرض عارية
وقد ذكرنا في الاقرار ان المكاتب اذا استقرض من مولاه الفا بمعاينة
الشهود وعليه دين في بيع الالف فقضاها المولى يجوز وكذا لو كان للوارث
على المريض دين بعضها في مرضه يصح ولو كان مبادلة لا يصح ولهذا لو كان
القرض كر حنطة فاشترى المستقرض من رجل كرا او امر المقرض
بقبضه فصار قبضه جائزا بحال واحد المشتري ولو كان مبادلة لا يجوز كما
لو كان الكر عليه بسبب السلم ولو كان المقبوض غيره حقيقة اقراضا له
حقيقة بان كان قائما في يد المستقرض كان للذي لم يقبض ان يشاركه
فيه كما قبل الاقراض فكذا اذا كان عينه حكما بخلاف ما اداه لان مال
مشترك بينهما لان هذا القابض قبض الخمسمائة التي هي عين ماله حكما ولو
قبض الخمسمائة التي هي عين ماله حقيقة لا يكون للآخر ان يشاركه فيه
فكذا اذا قبض عين ماله حكما فتعذر اثبات الشركة في المقبوض ههنا
بالسبب وتعذر اثبات الشركة في الدين الا ترى انه لو ادى احدهما حبتا

مثل ما امر به والاخر ديعا ويحور به رب الدين لا يرجع احدهما على الامر الا ما
ادى لان اقراض المودي الا ترى انه لو ثبت حق المشاركة فالذي ادى الدين
يرجع على صاحبه بنصف ما اقرض لجياد ويودي اليه نصف الزيوف وانه لا
يجوز ولو لم يامرهما بالقضا لكن امرهما بالكفالة فكفلا او لم يكفل واحد منهما عن
صاحبه صار كل واحد منهما كفيلا بخمسين به لانه اضاف الكفالة الى الالف كفالة
واحدة فتنقسم عليهما كما لو اشترى عبدا بالف صفقة واحدة يجب على كل واحد
منهما خمسين به فان ادى الالف ثم قبض احدهما من الامر خمسين به فان محمد رحمه الله
اولا يقول هذا او الامر نقضا الدين بينهما ثم رجع وقال لا يكون للامر ان يشاركه
فيما قبض سوا ادا من مال مشترك بينهما او من غير مال مشترك وهو قول ابي يوسف
رحمه الله وجه قوله الاول ان الكفيلين بمنزلة المامورين بدليل ان الكفيل لا يطالب
المكفول عنه بما كفل الا بعد الادا كالمامور واذا كان الرجوع بحكم الادا صار
كالمقبوضين له وما اديا فان كان ذلك مشتركا بينهما يكون كذلك وان كان
متفرقا فكذلك الا ترى ان الطالب لو ابرا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه كما لو
ابرا المامور لان البدل يقوم مقام المبدل كما ذكرنا في المامور وجه
قوله الاخر ان رجوع الكفيل لما كان بحكم الادا ابل عليه ما في ذمته وقيام ذمته
مقام ذمة الاصيل ولهذا لو كفل بالجياد وادى الزيوف او بالدراهم وادى الدنانير
او كفل بالف وصالح على عشرة دنانير او اشترى بما في ذمته من الدراهم بدنانير
وملكه بالارث والهبة يرجع بما كفل لما ذكرنا ان الكفالة اقراض الذمة والتزام الدين
وبنفس الكفالة وجب الدين المطالب على الكفيل وللكفيل على الاصيل الا ان ما
وجب على الكفيل حال وما وجب له على الغريم موجل الى وقت القضا ولهذا لو اخذ به
رهنا يصح ولو قضى المطلوب الدين الى الكفيل قبل ادا الكفيل بنفسه صح حتى
لا يكون له ولاية الاسترداد كما لو عجل الدين الموجل ولو هلك المنقود في يد
الكفيل وادى الدين الى الطالب لا يرجع على المطلوب لانه يصير مستوفيا دينه
ولو لم يكن الدين واجبا عليه لرجع كما لو دفع الى رجل مالا ليقضي به دينه فهلك
في يده الا ترى انه لو دفع المال الى الكفيل ليقضي دينه على وجه الرسالة فهلك

في يده ثم ادى الدين يرجع عليه بما كفل عنه ولو ان الدين الذي كفل به طعاما
وادى المطلوب اليه قبل ان يودي الى الطالب فتصرف فيه وربح ثم قضى الطالب
طعامه تطيب له الربح لانه صح قبضه فكان الربح حاصلا على ملك صحيح فتطيب
له وان قضى المطلوب الدين عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله في رواية كتاب البيوع
لان اصل ملكه كان صحيحا فان وجب عليه الرد بعد ذلك لا يتمكن خبث في الربح
وقال في كتاب الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله الربح له ولو تصدق به كان
احب الي وقال في الجامع الصغير يرد الاصل والربح على الاصيل عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط لم يسلم له ذلك الشرط قال شمس
الائمة السرخسي رحمه الله لكن مراده ان يفتي برد الربح عليه من غير ان يجبر عليه
في الحكم لانه تمكن فيه نوع خبث حين قبضه بشرط لا يسلم ذلك للمعطي
ويومر الاصيل التصدق به على سبيل الفتوى واذا ثبت ان وجوب المال عليهما
بسبب الالتزام والتزامهما متفرق فان كفالة هذا والتزامه هنا غير كفالة ذلك
والتزامه فكان السبب مختلفا وهنا لانه وجب الدين لهما على المطلوب وعليهما
للطالب بسببين من حيث الحكم لان كفالتهما وان اتحدت حقيقة لانهما كفلا عن
الغريم بالف درهم جملة لكن اختلفت حكما لان كفالة كل واحد منهما غير مربوطة ومتعلق
بكفالة الاخر فان الطالب لو قبل كفالة احدهما دون الاخر صح بخلاف المامورين لان ثمة
الدين غير واجب قبل الادا وانما يجب بالادا والمودي مشترك والحاصل ان الكفيلين
مقرضين ذمتهما والتزما ما وجب على المطلوب وذمة هذا تمتاز عن ذمة
ذاك فلا تثبت بينهما الشركة في بدله والمامور ان يقرضان المال والمال مشترك
فكذا في بدله ولو ان الكفيلين اذا ما ضمنا عبدا بينهما وقبض احدهما شيئا او باعه
كل واحد منهما عبدا له خاصة كان ذلك بمنزلة ما وصفت لك من الادا يريد به انه
على الخلاف الذي ذكرنا لانهما يصيران مودين المال بهذا الطريق كما يصيران
مودين بحقيقة الادا هذا اذا لم يشترط في الكفالة ان يكون كل واحد منهما كفيلا عن
صاحبه فلو شرط ذلك وادا ثم قبض احدهما شيئا ذكر الاخر سوى ادا من
مال مشترك او غير مشترك لانهما قصدا ان يكون كفالة واحدة فصار موجبها

واحدا وهذا لان جميع المال واجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الاصيل
والنصف على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن صاحبه فاذا ادى احدهما شيئا
يرجع على صاحبه بالنصف لتسويهما في غرم الكفالة كما استويا في الكفالة عن الاصيل
وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان شا رجع على صاحبه بنصف المودي وان شا رجع
على الاصيل بجميعه لانه كفل عنه بامره وادى دينا يلزمه هذا وسنين لو كان لرجل
على رجلين الف درهم دين يكفل كل واحد منهما عن صاحبه فادى احدهما شيا فانه
لا يرجع على صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لان ثمه كل المال واجب على كل
واحد منهما ايضا الا ان نصفه واجب بطريق الاصالة وجهة الكفالة لان
الواجب بجهة الاصالة دين من كل وجه لا يعصمه عن ظاهر او ما وجب عليه
بحكم الكفالة نقيضه ظاهرا فترجح جهة الاصالة وهذا لانه لو رجوع على صاحبه
انما يرجع بحكم الادا عنه فكان لصاحبه ان يقول اداوك عني بمنزلة ادائي
بنفسي ولو كنت اديت بنفسي كان لي ان ارجع عليك بذلك اذا اديت عني باري
فحق كل واحد منهما على صاحبه فيودي الى الدور فيبطل الادا عن صاحبه فيقع عنه
الا اذا زاد المودي على النصف فحينئذ يرجع بالزيادة بحكم الكفالة لانه ليس
عليه بحكم الاصالة الا حصته فيقع الزيادة بحكم الكفالة ضرورة ولانه لو رجع
على صاحبه بالزيادة لم يرجع عليه صاحبه بتلك الزيادة رجل امر رجلين ان
يبتاعا له جارية بالف درهم فاشتريا له جارية بالف درهم ونقدا الثمن من مال
مشترك بينهما او غير مشترك ثم قبض احدهما شيا لا يشاركه الاخر لان
سبب وجوب الدين للوكيلين على الموكل مختلف حكما لان سبب الوجوب
لهو البيع الذي جرى بين الوكيلين والموكل لا البيع الذي جرى بين البايع والوكيل
لما عرف ان الشري بحكم الوكالة يوجب دينين وان الوكيل بالشري اصيل في
حق حقوق العقد كانهما اشتريا لانفسهما ثم باعا من الموكل ثم ما وجب عليهما
من الثمن ولهذا كان لهما حق الحبس عن الموكل لاستيفا الثمن الا حلافي بينهما
في الثمن يوجب التحالف ويرد عليه بالعيب ويرجع عليه بالثمن عند الاستحقاق
وقد وجب على كل واحد منهما خمسمائة فصار كل واحد منهما بايعا ما وجب

عليه وذلك خمسمائة به ولو نصا على ذلك كان السبب مختلفا حكما ان
كان متحدا حقيقة فلا يكون الدين مشتركا بينهما ولهذا لان رجوعهما عليه بحكم
الشرى او بحكم الابر وقبول كل واحد منهما العقد عن قبول صاحبه والرجوع
لا يثبت الادا ولهذا علل ان الرجوع قبل الادا او ابرا احدهما بالشرى عن ابرا الاخر
الا ترى انه لو قبل احدهما الوكالة دون الاخر صح ولا يقال انا جعلناهما باعا
منه عبدا واحدا صفقة واحدة في حق ما يرجع الى حقوق العقد ولو جعل كذلك
حقيقة لتشارك احدهما فيما استوفى من الثمن لانا نقول وان قدرنا هكذا ولكن
ما على الوكالة دلهما فانا لما جعلنا صار في التقدير باعا على ذلك فانهما باعا العبد
في صفقتين ولذلك لو باعا عبدا بينهما بذلك الثمن لانهما يصيران بايعين للثمن
بهذا الطريق فصار كما لو اديا حقيقة وحلا ان باعا بينهما من رجل بالف درهم
فقبض احدهما نصيبه من الثمن فشاركه الاخر فيه دين لان هذا وجب بدل
عن محل مشترك بسبب واحد حقيقة وحكما اما حقيقة وحكما اما حقيقة
فلان الصفقة متحدة واما حكما فلانه لو قبل المشتري البيع في نصيب احدهما
دون الاخر لم يصح ولو سمى كل واحد منهما ثمنا لم يشترك الاخر لانه دين وجب
بسببين مختلفين حكما وقد تفرقت بفصل الثمن على ظاهر الرواية ولهذا
لو كان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وعلى قياس ما روي عن ابي حنيفة
رحمه الله ان الصفقة لا تتفرق بهذا وان كان البايع اثنين على ما مر في البيوع
اشتركا ولو كان احدهما عبدا والاخر امة باعهما من رجل بالف اشتركا بينهما
بينهما لان الصفقة متحدة حقيقة وحكما فكان الواجب مشتركا وان كان
بدلا عما ليس بمشترك بينهما ولو سمى لكل واحد منهما ثمنا لم يشتركا لان الصفقة
تفرقت حكما على ظاهر الرواية والحاصل ان في كل موضع اتحدت الصفقة
فيه بالاتحاد سبب واحد ثبتت الشركة وفي كل موضع اختلف لا يثبت الشركة
وما يتحد به الصفقة وما يتعدد ذكرناه في البيوع وكذلك لو اجر دارا بينهما من
رجل سنة بمائة درهم فلم يسكن المستاجر الدار ولم ينقدها حتى نقد احدهما حصته
خمسين درهما كان للشريك الاخر ان يشاركه لانهما باعا منفعة مشتركة بينهما صفقة

واصح باجره واصح فكان السبب شخراً حقيقة وحكماً ونشبه هذا في الكتاب بدين
مؤجل لهما على رجل عجل من عليه نصيب احدهما من مشايخنا رحمهم الله من زعم ان
الاجل عاد في نصف العقد عندنا الا انه لا يطالب واحتجوا بهذه العبارة والاصح
انما الاعادة ولكنه اراد بالتشبيه انه عاد بالتعجيل صار بمنزلة المعجل من الاصل ولا يبالي
بانه اذا عجل نصيب احدهما فقد عين نصيب احدهما من نصيب الاخر فينبغي ان يحل
الصفقة صفقتين لاختلاف الاجل لان نصيب احدهما صار عينا وبقي نصيب الاخر
دينا ولو كان في الابتداء كذلك تفرقت الصفقة ولا يشارك الذي حصته
في الدين صاحبه كذلك هنا الا ان نجعل الدين المشترك ولا يختص به احدهما الا برضى
الاخر وهذا لان حق المشاركة انما يثبت حقا للذي لم يقبض فلا يسقط ذلك
بفعلهما كما لو قضى احد البائعين من الثمن او احد المقرضين من الدين بخلاف
ما لو كان في الابتداء لان الدين ما وجب مشتركا من الاصل فلا يثبت الشركة
ولو سمى كل واحد منهما لنصيبه اجلا على حدة لا يشاركه الاخر كما في البيع
اذا شهد شاهدان على رجل انه كاتب عبده على الف درهم الى سنة وقيمته
الف والعبد يدعي والمولى يجحد يقبل الشهادة لاستجماع شرائط الجواز فلو قضى
بذلك ثم رجعا عن الشهادة عند القاضي في مجلس واحد او في مجلسين فهو سواء
والمولى يختار ان شاء رجع على الشاهدين بقيمة العبد حالا وان شاء رجع على المكاتب
ببدل الكتابة الى سنته لانه وجد من كل واحد منهما سبب الضمان في حق المولى
اما من الشاهدين لانهما بشهادتهما الباطلة او الابد المولى عن العبد وحالا
بينه وبين العبد بغير عوض يصل اليه في الحال وانه سبب الضمان كالغصب
الا ترى انهما لو شهدا على رجل انه اجل دينه الى سنة وقد ادعى المطلوب
الاجل وانكر الطالب وقضى القاضي بالاجل رجعا ضمنا الدين لرب الدين
حالا لتفويتهما امكان الاخذ في الحال واما من العبد فلان الكتابة تثبت
بالنقض ظاهرا وباطنا او ظاهرا لا باطنا على حسب ما اختلفوا فيه فان
بعد ظاهرا او باطنا كان له بدل الكتابة وان نفذ ظاهرا لا باطنا بمنزلة غصوب
كانت عند العبد واجاز المولى كان له ولانه باع المكاتب وينفع بعض الاتلاف

فان قيل كيف يبيع العبد المكاتبة وقد زعم انه ليس عليه بدل الكتابة قيل
له نعم لكن القاضي لما قضى عليه بالكتابة بشهادة الشهود وقد كذبه في انكاره والانكار
اذا اتصل به التكذيب من القاضي بالبينة التحق بالعدم ولا نا جعلنا اقرار المكاتبة
من القاضي على ما ذكرنا فلم يكن له علم بعدم وجوب البدل وبعد ما اختار المولى
تضمين احدهما لا سبيل له على الاخر كما في الغصب مع غاصب الغاصب وهذا
لانه لما اختار تضمين الشاهدين فقد ملكهما بدل الكتابة منه لان اداء الضمان
يوجب الملك في المضمون والمكاتب وان كان لا يقبل النقل من ملك الى ملك
قصدا بالبيع والهبة ولا حكما بالارث لكن بدله يقبل النقل من ملك بابتياعه
المكاتب وحكما بالارث واذا ملكا بدل الكتابة منه بالقيمة لا يمكنه الرجوع على
العبد لزوال الدين عن ملكه ولما فيه من الجمع بين البدل والمبدل واذا اختار اتباع
العبد فقد تعين الكتابة فلا يبقى الاتلاف لانه يصير ملكا فيه العبد منه
بما اخذ منه من بدل الكتابة فلو رجع عليهما بقيمته يصير اخذا البدلين عن
مبدل واحد وهو انه لا يجوز فلو انه اختار تضمين الشاهدين رجع الشاهدان
على المكاتب بالف درهم الى سنته لانه قام مقام المولى في بدل الكتابة كمن غصب
مدبرا فقتل في يد خطأ واختار المولى تضمين الغاصب كان للغاصب تضمين
عاقلة القاتل ان كان له عاقلة وتضمين القاتل ان لم يكن له عاقلة قيمة المدبر
وان لم يملك الغاصب رقبة المدبر بالضمان لانه بالضمان قام مقام المولى
في حق بدله كذلك هنا ويتصدقان بالفضل على القيمة ولا يتصدقان
بالالف لان الالف وان ملكاها بطيب لهما ويتصدقان بالالف الزائد على
القيمة لان هذا ربح حصل بسبب خبيث وهو شهادتهما الباطلة بمنزلة ما لو
غصب من رجل عبدا قيمته الف فصار في يده الفين ثم غصبه منه اخر
وابق من يده وضمن المالك الاول الثاني كان للاول ان يضمن الثاني الفين
ويتصدق بالف ويسلم له لانه ربح حصل بسبب خبيث ولهذا الربح فرق بين
هذا وبينما لو غصب مدبرا قيمته الف فصار الفين ثم غصبه اخر وابق
من يده وضمن المالك الاول فانه يرجع الاول على الثاني بالفين فانه يسلم له

الف والالف الثانية موقوفة لا يلزمه التصدق بها والفرق ان في المدبر حق
الغاصب الثاني عن القيمة التي دفعها في الاول لم ينقطع من كل وجه فانه لو
عاد من الاباق يعود الى ملك المولى ويجب عليه رد القيمة التي اخذها من
الغاصب الاول اليه ويرد الاول على الثاني ما اخذ منه فلما حق الغاصب
في القيمة قلنا بانه لا يتصدق لانه لو تصدق يعود للباقي ولزمه ضمان لم يلزمه
الا في الحال ولو عاد من الاباق يعود على ملك الغاصب الثاني لا على ملك المولى
فاذا انقطع حق الثاني عن القيمة استقر ملك الاول في اخذ الالفين اي حصل
بسبب خبيث فلزمه التصدق كذي في مسئلتنا لا يتصور عود المكاتب الى ملك
المولى بعد الحرية فيتقرر ملك الشاهدين في الفضل يلزمهما التصدق فلو قبض
احد الشاهدين من المكاتب الثالثين للاخر ان يشاركه فيما قبض لانه قبض
دينا غير مشترك بينهما لان ما اخذ بدل عما في ذمته لمولاه من الضمان وذلك
ليس بمشترك بينهما فكذى بدله وليس هذا بدلا عن الرقبة حتى يكون بدل
مال مشترك لانهما لم يملكا الرقبة لعدم المحلية فيكون عوضا عما غرما
من القيمة وما غرما الا ان تختلفان يفترقان لانهما انما استحقا بدل الكتابة
على المكاتب لما لزمهما دينهما او برجوعهما او بما وجب عليهما من الضمان باختيار
المولى تضمينهما ولا شركة بينهما في واحد من هذه الاشياء اما الشهادة والرجوع
فلانهما يفترقان حقيقة وحكما ورجعا متفرقين ويتعدى هذا غير يعدي ذلك
ولهذا لا يتوقف صحة رجوع احدهما على رجوع الاخر ويفترق حكما ان شهدا
معا ورجعا معا وجب عليهما من الضمان ولانه وجب على كل واحد منهما في
ذمته وذمة كل واحد صارة عن ذمة الاخر فصار كالبيع بصفقتين واذا
استوفى احدهما الثلث لا يعتق شيء من العبد لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
ولهذا لانهما قاما مقام المولى حتى لا يعتق الا بأداء كل المال لا يعتق ببعضها الا باداء
كل المال من قام مقامه واذا ادى البدل اليهما يعتق لقيامهما مقام المولى وكما
لو ادى الى كل وارث بعد موته ويكون الولاء للمولى لانه عتق على ملكه
فيكون الولاء له كما لو ادى الى الوارث وهذا لان رجوعهما في حق المكاتب

غير صحيح ولهذا لا يبطل الكتابة وقد استحق المكاتب ان يعتق على المولى ويكون
ولاؤه له فلا يبطل حقه برجوعهما فلو عجز المكاتب وقد قبض المكاتب منهما
القيمة وقد ادى المكاتب بعض المكاتبة الى الشاهدين او الى احدهما يعود
الى ملك المولى لانه لم يزل عن ملكه بالكتابة ولم يملكه الشاهدان لما قلنا
فهذا مكاتب عجز عن اداء البدل فعاد الى المولى ويرد المولى على الشاهدين
القيمة لانه زال سبب الضمان فيرد الضمان كالمدبر المغصوب اذا عاد
من الاباق بعدما ضمن الغاصب قيمته يعود على ملك المالك ويسترد
الغاصب الضمان لزوال السبب كذا لو وجد بالمبيع عيبا ورجع بالنقصان
ثم زال العيب بزوال سببه ليسترد النقصان ويرجع المولى عليهما بما اخذ
من المكاتب لانه كسب عبده لانه كسب قبل العجز فيصير كالعبد المأذون
بينما يقضي وان كانا من جنس واحد يتقاصان ويترادان الفضل وهذا بخلاف
الابق اذا عاد من الاباق فانه يعود على ملك الضامن لا الى حالة الابق
عن ملك المولى بالضمان لانه قابل للنقل والزوال بخلاف المكاتب والابن
المكاتب صار باقيا لا يملك عند العجز وقد تقرر سبب الضمان قبل ذلك
فينبغي ان يقيد الملك في المضمون حينئذ لانا نقول انما يستقيم هذا ان
لو امكن تقرر سبب الضمان قبل عود المحلية ولا يمكن لان سبب الضمان
هو قصر اليد وقد زال هذا المعنى عند وجود المحلية فلا يستقيم تقرير
موجبه عند عود المضمون هذا لان اداء الضمان انما انعقد موجبا ان لو
كان المحل قابلا حتى ينعقد السبب ويتخلف الحكم لمانع وعند ارتفاعه يعمل
الموجب وههنا اداء الضمان لم ينعقد لانعدام المحلية فلا يفيد الحكم عند ثبوت
المحلية الا ترى انه لو باع الابق ثم عاد من الاباق لا يصح البيع ولو باع المغصوب
من رجل لا يمنه له والغاصب منكر ثم اخذ منه لا ينفذ البيع وقيام المحلية
للملك فههنا اولى وحال شهود الكتابة في جميع القيمة مع المولى كحال شهود
التدبير في الثلثين مع الورثة فانهما لو شهدا على رجل انه دبر عبده وهو يجحد
والعبد يدعي فقضى القاضي بالتدبير ثم رجعا عن شهادتهما يضمنان للمولى

نقصته التدبير لانهما اتلفا حق العتق للعبد وبذلك ينتقص ملك المالك فيضمنان
ذلك النقصان فان مات المولى والعبد يخرج من ثلث ماله عتق ويضمنان قيمته
مدبرا لان تلف ما بقي من المال عند الموت حصل بشهادتهما فان التدبير موجب العتق
في الحال وحقيقة العتق من الثلث بعد الموت وقد كان اصمنا ما اتلفاه معجلا
وما زاد على ذلك كان مؤجلا فيضمنان ذلك عند تحقق الاتلاف وذلك بعد
الموت فان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في الثلثين فيسلم للورثة من جهة
العبد ثلثا ما اتلف الشاهدين لذلك حصل بعوض فلا يضمنانه فاما مقدار الثلث
المتلف على الورثة بغير عوض فيضمنان ثلث قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك
الثلث على العبد لان رجوعهما غير مقبول في حق العبد واذا لم يحصل العبد الثلثين
من القيمة وعجز عنها فللورثة ان يرجعوا به على الشاهدين لانهما حالا بين
الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض في ذمة المفلس كالتاوي
فكانهما اتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان الورثة ذلك ويرجع الشاهدان
بذلك على العبد لانهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك ولما كان للورثة
حق الرجوع على العبد بذلك فكذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلث القيمة قدر ف
من الكفالة والحوالة والرهن والمضاربة فانه اذا كان على رجل الف درهم وهو
معترف بها وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة درهم فادعى انه له فاقام المطلوب
شاهدين انه دفعه بالمال ورضي به ثم هلك الثوب فذهب مائة درهم ثم رجعا
ضمنا مائة درهم للطالب لان القول في الثوب قوله لانه ملكه باعتبار يده فهما اتلفا
عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع فان قيل
كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك واما عين الرهن امانة في يد المرتهن
ويجيء في ذلك كيد الراهن فقد اثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن في مقدار
المالية وعدم ذلك بهلاك الرهن فكانهما شهدا عليه انه استوفى مائة ثم رجعا
وان كان قيمة الرهن مثل الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء
للمرتهن ولو شهدا على المطلوب بحقيقة استيفاء الدين بمال في يده هو مثل الدين لم يضمنا
عند الرجوع فلذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في ماله وان كان

قيمته فضل على الدين لم يضمنا ايضا ما دام العبد حيا لانه باق على ملك
المطلوب وهو يتمكن من اخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا مات في يد
المرتهن ضمنا الفضل لانهما اتلفا الفضل عليه بغير عوض حتى انما حق الحبس
فيه للمرتهن لم يسقط شيء من الدين عنه باعتباره ولو كان ذو اليد مقرا
بالثوب للراهن وادعى انه وديعة في المطلوب عنده رهن عنده واقام شاهدين
بذلك ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا على ذي اليد عين الثوب لانه
لا يدعي ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضي
بالرهن يكون لازما في جانب المرتهن فيجعل اشهادهما له الثوب بعد القضاء بانه رهن
عنده رضي بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع بخلاف الجاحد والتدبير
لانه لازم من الجانبين كالبيع بخلاف الاول فانهما اتلفا عليه ملك الثوب الرهن
لازم في جانب الراهن كالكتابة والتدبير حتى لو شهدا برهن هالك في بيع
يكون هنا عبرة لشهادتهما عليه بالاستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بهلاك الرهن
فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واما المضارب
اذا عمل المضارب في المال وربح فادعى انه اخذ مضاربة بالنصف وشهد له
شاهدان ورب المال يقول بالثلث فاخذ المضارب نصف الربح ثم رجع الشاهدان
ضمنا السدس الذي شهدا انه لان القول قول رب المال لولا شهادتهما ما زاد على
الثلث الى النصف انما يستحق بشهادتهما ولو كان الربح هلك دينا لم يضمنا شيئا
حتى يقبض لان وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد على رب المال لا يتحقق ذلك
ما لم يخرج الدين فيصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت بشهادتهما
ولو شهدا انه اعطاه بالثلث فلا ضمان عليهما اذا رجعا لان القول قول رب
المال بغير شهادتهما فلم يتلفا على المضارب شيئا بشهادتهما او لا يستحق ما
لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول لان رب المال يستحق الربح
من حيث انه نماء ماله فقد اتلفا عليه ما يستحقه لولا شهادتهما ولا يضمنان
لرب المال شيئا جاز بعد شهادتهما لان المضاربة عقد غير لازم فيتمكن كل واحد
منهما من الفسخ بالامتناع الفسخ رضي بما شهدا انه ولذي هذا في شركة

الضمان اذا اختلفا في شرط الربح وشهدا ثم رجعا ضمنا الربح الحاصل قبل الشهادة دون ما يحصل بعدها بخلاف العقود اللازمة لما ذكرنا ولو شهد شاهدان على رجل انه اشترى عبد فلان بالفين الى سنة وقيمته الف وانكر البايع وادعى المشتري بقضاء القاضي ثم رجعا عن شهادتهما فان البايع بالخيار ان شاء رجع على الشاهدين بقيمة العبد الف حالة وان شاء رجع على المشتري بالفين الى سنة الى ما قلنا في الكتابة فان رجع على المشتري انقطع السبيل وان رجع على الشاهدين فلهما ان يرجعا على المشتري بالفين الى سنة لانهما قاما مقام المولي في مطالبة المشتري بالثمن ويتصدقان بالفضل لما قلنا فان قبض احدهما حصته من المشتري لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لما قلنا في الكتابة فان اخذ المولي القيمة من الشاهدين واخذ الشاهدان من المشتري الثمن ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده بقضاء فالعبد للبايع ويرد القيمة ويرد الشاهدان على المشتري الثمن لان الشاهدين لم يملكا العبد من جهة البايع بالضمان لان العبد زايل عن ملكه وقت تضمينهما لكن ملكا الثمن الذي كان للبايع ويقوما مقام البايع في استيفاء الثمن من المشتري فاذا رد العبد بالقضاء فانه فسخ من كل وجه في حق الكل فعاد الى البايع قديم ملكه وزال سبب الضمان وهو ازالتهما اليد عن عبده بغير عوض يحصل للبايع في الحال وكان على البايع ان يرد القيمة على الشاهدين وعلى الشاهدين ان يرد الثمن على المشتري وان قبله بغير قضاء سلمت القيمة للبايع وسلم الثمن للشاهدين ويغرم البايع للمشتري الثمن اما سلامة القيمة للبايع والثمن للشاهدين فلان الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث والشاهدان ثالثهما فصار في حقهما كان البايع من المشتري فلو كان كذلك لسلمت القيمة للبايع لان سبب الضمان لم يزل وسلمت الثمن للشاهدين لانهما قاما مقام البايع في الثمن واما ضمان البايع الثمن للمشتري فلان الرد بغير قضاء فسخ فيما بين البايع والمشتري والمشتري رد الثمن الى من هو قائم مقامه وهو الشاهدان فكان الدافع اليهما كالدفع الى البايع ولو دفع الثمن الى البايع ثم تفاسخا العقد رد البايع الثمن على المشتري كذا هنا رجلان غصبا عبدا

قيمته الف فزادت قيمته في يدهما حتى بلغت الفين ثم غصبه منهما اخر فمات في يده فالمولى بالخيار ان شاء ضمن الاولين الفا وان شاء الاخر الفين لان وجد من كل واحد منهما سبب الضمان وهو الغصب وزيادة القيمة بعد الغصب غير مضمونة عندنا فحصل على هذا الوجه فان ضمن الاولين الفا رجع على الاخر الفين لانهما ملكا المغصوب من وقت الغصب عند اداء الضمان فظهر ان الثاني غصب مالهما فكان لهما ان يضمناه قيمة المغصوب يوم غصبه وذلك الفا درهم ويتصدقان بالفضل لان الالف راس مالهما والزيادة حصلت بسبب خبيث وهو الغصب فكان سبيلها التصدق قالوا التصدق بالفضل قولهما اما على قول ابي يوسف فلا لانه يشترط طيب الفضل عند الضمان وقد وجد فان قبض احدهما من الغاصب الثاني شيئا كان لشريكه في الغصب ان يشاركه فيه لانه لما ادى نصيبهما فقد ملك العبد منهما فصار كانهما اشتريا العبد ثم باعاه منه صفقة واحدة وهذا لان سبب الملك هنا واحد وهو الغصب وهذا بدل العبد فصار مشتركا بينهما فصار كان الثاني غصب عبدا مملوكا لهما بخلاف شاهدي الكتابة والبيع لان ثمة لم يملك الشاهدان العبد والمكاتب حتى يجعل كانهما باعا المكاتب من نفسه او كاتباه كتابة واحدة فكذلك في البيع الا انهما لما غرما القيمة بلا كان مثل ذلك في رقبة المكاتب او بطريق القيام مقام المولى والبايع فيما على المشتري من غير تصور عقد بينهما اما هنا ملكا المغصوب حقيقة الا ترى انه لو عاد من الاباق يعود الى ملك الغاصب وثمة يعود بالعجز الى ملك المولى في البيع لو وجد به عيبا كان له ولاية الرد على البايع ويعود الى ملكه بالرد لا الى الشاهد واذا ثبت انهما ملكاه كان لكل واحد منهما ان يشاركه فيما قبض وطانه غصبا من رجل عبدا فباعاه من رجل صفقة واحدة بالف درهم فضمنهما المولى القيمة بعد بيعهما لانهما ملكاه من وقت الغصب حتى نفذ البيع فظهر انهما باعا عبدا مملوكا لهما بخلاف ما اذا اعتقاه ثم ضمنا القيمة لانهما لم يملكاه في حق نفاذ العتق وقد ذكرنا هذا فان اخذ احد الغاصبين من المشتري حصته شيئا من الثمن كان لصاحبه ان يشاركه فيما قبض لان الثمن وجب بسبب واحد حقيقة وحكما وهو بيع الغاصبين منه صفقة

واحد منهما عبدان بين كل واحد منهما ثمن نصيبه فكان الدين مشتركا بينهما لأنه بدل
مال مشترك لما ذكرنا أنهما ملكا العبد بأداء الضمان ولو كان لقي المولى أحدهما فضمنه
نصف القيمة بعد سعيه في النصف بنصف الثمن فلو لم يأخذ شيئا من الثمن حتى لقي المالك
الغاصب الآخر وضمنه نصف القيمة ثم البيع في الكل كما لو ضمناه دفعة واحدة
فلو قبض أحدهما من المشتري شيئا من الثمن كان للآخر أن يشاركه فيه لأن أصل العقد
كان صفقة واحدة وسبب ملكهما كان واحدا فإذا اجتمع الحوادث والثمن دين
على المشتري صار كأنه حادث جملة وكان السبب متحدا حقيقة وحكما فإن قيل وقت
النفاذ متفرق قيل نعم إلا أن السبب هو البيع والبيع متحد ووجوب الثمن يستند
إلى البيع لأن النفاذ يستند إلى البيع لأنه صفة البيع والصفة لا تقوم بدون
الموصوف فصار كما لو باع رجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فأجاز أحدهما
البيع بعد يوم والآخر بعد يومين ثم استوفى أحدهما حصته من الثمن يشاركه
الآخر وإن اختلف وقت النفاذ لما قلنا ولو ضمن أحدهما المولى نصف القيمة فقبض
هو نصف الثمن من المشتري وضمن الآخر نصف القيمة لم يشارك صاحبه فيما قبض
من الثمن وقبض نصف الثمن من المشتري لأن الصفقة قد تفرقت هنا لأنه
حين نفذ بيع الثاني كان نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر صفقة
لأن نصيب الأول حين بيع الثاني كان عينا ونصيب الآخر كان دينا في ذمة
المشتري وللنفاذ حكم الابتداء حتى أن ما يمنع الابتداء يمنع النفاذ ولو كان
نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر وقت العقد بأن تبايعا بأن
باعا عبدا بينهما على أن نصيب أحدهما بخمسمائة جياد ونصيب الآخر بخمسمائة
زيوف تفرقت الصفقة ولا يشتركان فيما في الثمن وهذا لأنه حين
قبض الأول الثمن لم يكن للثاني حق قبل المشتري لعدم نفاذ بيعه فلم يكن دينا
مشتركا بينهما ولا بدل مال مشترك لأنه لم يملك العبد قبل التضمين فإن وجد
الأول ما قبض من الثمن ستوقة أو رصاصا كان له أن يرد على المشتري وله
الخيار إن شاء اتبع شريكه بنصف ما قبض ثم يتبعان المشتري بنصف
الثمن وإن شاء اتبع المشتري بنصف الثمن وسلم المقبوض للقابض لأنه لما وجد

رصاصا

رصاصا أو ستوقة ظهر أنه لم يستوف حقه لأنه من جنس الدراهم وظهر
أن حقه لم يكن ممتازا عن حق الآخر صفقة وقت نفاذ بيع الآخر فظهر أن
الثمن كان مشتركا بينهما لأن الدين الأول ثابت وقت قبض الثاني ولو وجد
الأول ما قبض زيوفا أو نبهرجة فرده على المشتري لم يكن له على ما قبض صاحبه
سبيل ولكن يرجع على المشتري لأن الأول بقبض الزيوف والنبهرجة صار
قابضا حقه لكن مع العيب لأنه من جنس الدراهم فلم يبق إلا الاستيفاء لكن
إلا أن الرد انتقض بعد صحة الاستيفاء فكان نصيبه ممتازا عن نصيب الآخر
صفقة فتفرقت الصفقة وقيل هذا على قولهما أما على أبي حنيفة رحمه الله ينتقض
قبضه بالرد من الأصل ولهذا يبطل به الصرف والسلم وإن استبدل في المجلس
إلا إذا كان المردود قليلا لا يستحق ذلك وإذا انتقض القبض من الأصل
صار هذا والستوقة سواء والصحيح أن هذا قول الكل لأنه إنما ينتقض القبض
بالرد من الأصل عنده بعد الصحة وإنما يظهر ذلك في حكم يحتمل الانتقاض
وقد ذكرنا هذا في الأيمان ثم لم يذكر في الأصل حكم الاستحقاق وقيل ينبغي أن يكون
حكمه حكم الستوقة والرصاص لأنه لما استحقه وأخذ انتقض قبضه
من الأصل وصار كأن لم يكن وعلى قياس ما ذكرنا في الأيمان ينبغي أن يكون حكم
الزيوف ولو كان الثاني هو الذي وجد ما قبضه رصاصا أو ستوقة أو زيوفا
أو نبهرجة أو ردها فلا شركة له فيما قبضه صاحبه لأنه لما رده على
المشتري صار كأنه لم يقبض نصيبه ولو كان كذلك لم يكن له على القابض
سبيل لأنه حين نفذ بيعه كان نصيبه ممتازا عن نصيب الأول فقد تم
وانقطعت الشركة وحق الثاني لا يكون أكثر من عدم قبضه أصلا ولو أخذه
نقضه لا يشاركه الأول كذلك هنا عبد بين رجلين باعه أحدهما جاز بيعه
في نصيبه لأنه باع ملكه وملك شريكه فنفذ في نصيبه لمكان الولاية
ويتوقف في نصيب صاحبه لعدم الولاية فإن أجاز صاحبه لأن الإجازة اللاحقة
في باب التصرف كالوكالة اللاحقة ويكون ولاية قبض كل الثمن للبائع
كما لو كان وكيلا بالبيع وإن لم يقبض البائع الثمن حتى أجاز صاحبه

اشتركا فيما قبضا لان السبب متحد حقيقة وحكما وكذا لو ان قبض البايع
نصيبه من الثمن قبل الاجازة فهو بمنزلة قبضه بعد الاجازة وقبض البايع الثمن
بعد الاجازة وقبلها سوا وان كان نفاذ البيع في نصيب المجيز عند الاجازة ونصيب
البايع صار ممتازا عن نصيب المجيز لصحة ورثته فيثلوا طلقا صفقة فرق بين هذه
المسئلة وبين ما تقدم من الغاصبين الفرق ان نعتبر تمييز نصيب احدهما من
نصيب الاخر صفقة وقت نفاذ البيع بالتمييز وقت العقد وهنا لو عبرنا وقت
العقد وهنا لو غير وقت العقد ان باع على ان يكون نصيب البايع بخمسمائة
حالا او حالا او نصيب الاخر بخمسماية زيوف او موجلة او نصيب البايع بمائة
دينار ونصيب الاخر بالف درهم لا يتفرق الصفقة حتى يكون الثمن مشتركا بينهما
لان البايع والمشتري واحد وحال اتحاد البايع والمشتري لا يتفرق الصفقة باختلاف
تسمية الثمن الا باختلاف صفقته لانها انما تتفرق في موضع تعدد العاقد
في احد الجانبين لاختلاف الركن في احد الجانبين لم يوجد هنا فكذا عند الاجازة
بخلاف المسئلة الاولى لان نفاذ البيع بالاجازة يثبت مطلقا من وقت البيع لكون
البيع سببا موضوعا له فجاز ان يجعل بمنزلة المتصل بعد الاجازة حكما والغصب
ليس بسبب موضوع للملك بطريق الاشتراك بطريق الضرورة والضرورة
في قدر المضمون لان في غير فجاز ان يجعل المتصل في حق النصف الاخر واذا جعل
كالمتصل في حق النصف يتحقق الاختلاف في الثمن لكون بعضه عينا فتتفرق
الصفقة باعتباره فان هلك الثمن في يد البايع بعد الاجازة او قبلها ثم اجاز كان
الهلاك عليهما لان المقبوض مشترك وهو في نصيبه امين وفي نصيب صاحبه
امين الا ترى ان باع عبد رجل بغير امره وقبض الثمن فهلك في يده ثم اجاز صاحبه
البيع جاز وكان الهلاك على المالك لان الاجازة يستند الى اصل العقد فصار
كانه باع باذنه عبد بين رجلين غصب رجل نصيب احدهما فباعه الغاصب والمولى
رجل جاز البيع في نصيب المولى لانه باع ملكه بنفسه وتوقف في نصيب المغصوب
منه على اجازته لان الغاصب باع ملك غيره بان لم ينقض المالك الثمن حتى اجاز
المغصوب منه البيع بعد البيع واشتركا فيما يقبضان لاتحاد الصفقة لان

بعد حين البيع بالاجازة لم يكن احد النصفين من الثمن ممتازا عن نصيب الاخر
لا تسمية وباختلاف وقت النفاذ لا يتفرق الصفقة لانه لا يختلف وقت
الانعقاد لثبوت الحكم مستندا الى البيع السابق وانه وقع صفقة واحدة بثمن
واحد على ما ذكرنا وان قبض المالك نصف الثمن قبل ان يجيز المغصوب منه ثم
اجازه لم يشركه صاحبه فيما قبض وان هلك بهلك من مال الاخذ حين نفذ
البيع في نصيب الاخر كان احد النصيبين ممتازا عن نصيب الاخر صفقة
فتفرقت الصفقة لاختلاف الثمن لان استند الملك في حق المجيز الى وقت
البيع لكن انما يستند على الصفة التي وقعت مختلفة لاختلاف الثمن يعني
وانما الاختلاف كانت في حالة العقد لان حالة التوقف كحالة الانعقاد على
ما ذكرنا بخلاف المسئلة الاولى لان العاقد واحد حق النقض في الكل اليه فلا
يمكن ان يجعل المقبوض لنفسه خاصة فلا يتفرق الصفقة واستدل رحمه الله
بما اذا باع الرجلان عبدا واشترط الخيار ثلثة ايام فاجاز البيع احدهما قبل صاحبه
فانهما يشتركان فيما قبضا من الثمن لان وقت نفاذ البيع في نصيب الاخر
صفقة ولا تسمية وان قبض الذي اجاز قبل نصف الثمن ثم اجاز صاحبه لم يشرك
صاحبه فيما قبض لانه حين نفذ البيع في نصيب الاخر كان نصيب الاول
ممتازا عن نصيب الاخر صفقة ولو كان ذلك عند العقد يتفرق
الصفقة لان البايع اثنان فكذلك وقت النفاذ وما اذا كان البايع واحدا
الا ترى ان رجلين لو باعا عبدا لهما من رجل واضاف الى نصيبه وبين حصته
من الثمن فللمشتري ان يقبل نصيب احدهما دون الاخر ويكون ذلك
صفقتين ولو كان البايع واحدا واضاف العقد الى كل نصف وبين حصته
ولم يكرر كلمة البيع فقبل نصيب احدهما لم يجز لان اول الكلام موقوف
على اخره فصار كانه قال معا وانه استدل على تفرق القبض بتفرق
الصفقة في المبسوط كل عوض بين رجلين غصبه رجل فاستهلكه ثم صالح
احدهما من نصيبه على دراهم ودنانير فان لشريكه ان يشاركه فيها لان الواجب
بعد الاستهلاك القيمة وهي مشتركة بينهما فانها وجبت بسبب واحد

عوضا عما هو مشترك بينهما فيكون مشترك بينهما كالمواريث واصل هذا ان الشريكين في
الدين اذا استوفى احدهما نصيبه او بعض نصيبه كان للاخر ان يشاركه فيه ولو
صالح على ثوب فللشريك ان يرجع عليه ولكن المصالح بالخيار ان شاء اعطاه
نصف ذلك وان شاء اعطاه ربع جميع الدين بخلاف الاول فهناك يلزمه
ان يدفع اليه نصف ما قبض لان ما وقع الصلح عليه هناك من جنس
القيمه دراهم او دنانير فيكون مشتركا بينهما فيلزمه دفع نصفه بعينه الي
شريكه وهنا الثوب ليس من جنس القيمه فكان هو بالصلح مباشرا سبب
الملك لنفسه في الثوب بنصيبه من الدين فيكون بمنزلة ما لو اشترى
بنصيبه ثوبا الا ان في الشريك حق الشريك فله سوى في نصف نصيبه
من القيمه لان بنى الشرى على الاستقصاء وفي الصلح يحصل الصلح لان
مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فمن حجته ان يقول انما وصلت الي حقي لاني
تجوزت بدونه فتجوز انت مثل ذلك ان اردت مشاركتي فيعطيه نصف الموجب
من الحق ان شاء وان شاء امسك الثوب لانه هو المباشر لسبب الملك فيه وهو
للمعاوضه واعطى صاحبه ربع الدين كما في الشرى وان كان المغصوب قائما بعينه
او معينا فصالح احدهما من حصته على دراهم او شي مما يكال او يوزن وقبضه
ثم ظهر المغصوب لم يشاركه في ذلك لان حقهما كان في العين فالمصالح نصيبه
ملك نصيبه من العين كما اشترى فكانه باع نصيبه بالدراهم واحد الشريكين
اذا باع نصيبه لم يكن للاخر ان يشاركه في الثمن فكذلك اذا صالح وكان الاخر
على خصومته في نصيبه سوا كان الغاصب مقرا او منكرا الا انه بالاقدام
على الصلح مع احدهما لم يصير مقرا بالملك للمصالح مقرا او بالملك للمصالح فاحرى
ان لا يكون بالملك للاخر بخلاف البيع ولو غصب رجل طعاما بينهما وغصبه عنه
ثم صالح احدهما على دراهم او شي من الموزون او المجمل سوى الطعام وقبضه كان
لشريكه ان يشاركه فيه لان الطعام في حكم المستهلك لان المستهلك ما لا يتوصل
الي عينه لرد المستهلك من الطعام مضمون بالمثل وذلك المثل دين لهما
في ذمة الغاصب وقد بينا في الدين المشترك اذا قبض احدهما نصيبه او اخذ

عوضا عن حصته كان للاخر ان يشاركه فيه وان كان المغصوب كما هو في
يد الغاصب وهو يجحد او يقر لهما به لم يشركه الاخر فيما قبض بالصلح اما اذا كان
مقرا فلان المصالح مالك نصيبه من العين فلا يشركه الاخر في ثمنه وكذلك اذا كان
منكرا لان الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي وعنده انه بايع نصيبه من
العين ويشركه بصدقه في ذلك وان كان الغاصب جاحدا فتصادقهما حجة في حقهما
فهذا لا يشاركه فيما قبض لكنه مع حجته على الغاصب ولو ان رجلين ادعيا دارا
دعوى ميراث فصالح رب الدار احدهما على مال لم يشركه الاخر فيه ان كان
المصالح مقرا او منكرا الا انهما يتصادقان على ان المدعا ملكهما وان المصالح بايع
نصيبه وتصادقهما حجة في حقهما والله اعلم بالصواب

باب ما يكون خصما من صاحب الوصية والغريم وما في الوصايا

والوديعة

واصل الباب ما ذكرنا غير مرة ان البينة متى قامت على الغايب للقضا بها لا
يقبل الا اذا كان عنه خصم حاضر اما قصدا كالوكيل او حكما بان كان
ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر وبين الحاضر والغايب
اتصال بسبب حتى يقع الاستدراك بذلك السبب بينه وبين الغايب
من بين ساير الناس فينتصب خصما عن الغايب احيا للحقوق والناس والخصم
من يتنازع فيما يدعي من الملك وغيره والوارث ينتصب خصما فيما يدعي
على الميت عينا في التركه او دينا او وصية من جهته لانه خلفه قايم
مقامه ويدعي الشركه فيما في يده وكذا الموصى له بجزء شايع في دعوى
عين التركه لانه شريك الوارث لان حقه في عين التركه كحق الوارث
ويزداد حقه بزيادة التركه وينتقص بنقصانها ولا يخدم فيصير الوصيه له
على تسليم الميراث الي الوارث والمعنى فيه ان استحقه ثبت عمل بسببه
استحقاق الوارث وهو السهم الشايع المذكور بمن عليه الاعجاب
له فالميراث للورثه ثبت بكتاب الله تعالى بذكر السهام كالسدس
والربع وغيره فالوصيه بالسدس والثلث يكون مثل ذلك الا ان الايجاب
في الاثبات للموصى له الاجانب والا قارب من الله تعالى فنصيب الاقارب

في ايدي الورثة فيبقى الايجاب الاجانب في محل الوصية على ما كان له الموصي وهو
بهذا الايجاب جعل الموصى له خلفه لنفسه فيما سمي له كما ان الوارث خلفه
شرعا الا ترى ان الوصية بثلث المال صحيح ممن لا مال له في الحال ويكون ذلك اثبات
الخلافة ثم ملك المال من موجبات ملك الخلافة ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة
بخلاف رب الدين لانه ما قام مقامه فلا يكون خصما لا في عين التركة ولا في الدين سوا
قبض الدين او لا لانه ليس بخلف وحقه في ابدال التركة وماليتها لا في اعيانها وحقه
مقدم على حق الورثة فلا يكون شريكا لهم ولهذا قلنا ان الدين القليل لا يمنع الارث
لانه لو منع صار ذلك القدر مستغرقا لحقه فيصير شريكا للورثة في العين
ولا حق له في العين ولهذا لو هلك التركة يبقى جميع دينه ما بقي ويتقدم على الورثة
ولو كان للميت مال حاضر وغائب يقضي دينه من المال الحاضر بخلاف الموصى له ولهذا
كان للوارث ان يستخلص التركة ويقضي دينه من ماله بخلاف الموصى له والموصى له
بالمرسل بمنزلة الغريم لانه استحق عند الموت الا مسمى فيكون بمنزلة الغريم
ولهذا يتقدم حقه في محله على حق الوارث الا ترى انه لو كان له اموال اخر
لم يكن للموصى له شيء من ذلك ولو اوصى له بالف مرسلة فهلكت الدراهم قبل موت الموصي
او بعده بطلت الوصية لابد من قيام ملك الموصي فيها يوم الوصية لتصح الوصية
فثبت انه استحق العين بهذا الايجاب فلا يكون بينه وبين الورثة شركة بل حقه
متقدم في العين الذي ثبت استحقاقه فيكون خصما لمن يدعي الشركة في العين ولا يصلح
خصما للغريم والغريم لا يصلح لاحد وحاصله من ينتصب بينه وبين المدعي باعه
في دعوى حق لنفسه كان خصما والا فلا وحرف ـــ اخر ان القاضي
متى علم بوصول شيء من يد غائب الى حاضر وثبت ذلك عنده بالبينة او باقرار
المدعي اخرجه من ان يكون خصما واذا لم يعلم ولم يثبت ذلك عنده يجعل ذو
اليد خصما وقد ذكرنا في الدعوى اذا عرفنا هذا فـ ـــ محمد رحمه الله
اذا توفي الرجل وخلف ابنا ولا وارث له غيره وترك ثلاثة الاف درهم فاقام رجل البينة
على الابن ان الميت اوصى له بثلث ماله فان القاضي يقضي له بثلث المال لانه اقام البينة
على الخصم ما ذكرنا ولان الثابت بالبينة العادلة على الخصم كالثابت عيانا ولو عاينا

ذلك يقضي له بالثلث فكذا اذا ثبت بالبينة فلو قضى له وقسم ودفع الالف اليه وغاب
الوارث فجاء رجل واقام البينة على الموصى له ان الميت اوصى له بثلث ماله فقبل بينته
ويجعل الموصى له خصما له ويقضي عليه للثاني بنصف ما قبض لان الموصى له الثاني
يدعي نصف الثلث الذي في يد الاول لنفسه بسبب يدعيه على الميت وهو الوصية
فينتصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من
فلان الغائب وذو اليد يجحد ويقول العين لي فهنا لان نفس الخصم ان يدعي
ما في يده لنفسه والذي في يده بكر ويدعيه لنفسه والموصى له بالثلث ثابتا
عنه في حق الموصى له الاول بهذه الصفة الا ترى انه شريك الوارث في التركة
ولو كان الوارث حاضرا واقام البينة سل فكذا على الموصى له ولو قضى بذلك ولم يكن
عند الموصى له شيء بان هلك الثلث في يده او استهلكه وهو معسر وحضر الوارث
لم يحلف الموصى له الثاني اقامة البينة لان الميت صار مقضيا عليه باقامة البينة
على الموصى له الاول لانه يدعي الحق قبل الميت فصار كل من يدعي المال فيه مقضيا
عليه ضرورة الا ترى انه لو اقام البينة على الوارث صار الموصى له الاول مقضيا
عليه ويقضى له على الوارث بخمس ما في يده لان الموصى له بالثلث شريك في التركة
كاحد الورثة لما ذكرنا والموصى له الثاني يقول للوارث انا شريكك وشريك الموصى
له الاول في التركة وحقي في سهم وحق الاول في سهم وحقك في اربعة والاول
اخذ سهمين فقد اخذ سهما زائدا بغير حق وقد توي عنده بالهلاك او الاستهلاك
وهو معسر لا يمكنني الرجوع عليه والمال المشترك اذا توي منه شيء يكون
التوى على الشركة فيكون التوى علينا على قدر حقنا والباقي بيننا وقد
كان حقنا اخماسا لان حقي سهم وحقك في اربعة حتى فنقسم ما في يد الوارث
اربعة وقسمة اربعة على خمسة لا يستقيم فيضرب مخرج الكسر وذلك خمسة
في اصل الفريضة وذلك ثلاثة فيصير خمسة عشر وقد اخذ الموصى له الاول
الثلث وذلك خمسة وبقي في يد الوارث عشرة فيقسم بينه وبين الموصى له الثاني
اخماسا اربعة اخماسه وذلك ثمانية للوارث وذلك الف وستمائة والخمس
وذلك سهمان للموصى له الثاني وذلك اربعمائة ثم يرجع الوارث والموصى له الثاني

على الموصى له الأول إذا ابتسر سهمين ونصف وذلك خمسة لأنه أخذ هذا القدر
منه حتى إذا أخذ هذا بعينه سهمان على قدر حقه اجتمع نصف سهم للموصى له الثاني
وذلك خمسة وقد كان أخذ سهمين من الابن وذلك أربعة فجملة ما حصل له تسعة
وأربعة أخماسه للابن وذلك سهمان وهو أربعة وقد كان بقي في يده ثمانية وذلك
ألف ستة فجملة ما حصل له الثمان وبقي في يد الموصى له سهمان ونصف وذلك
خمسة فاستقام الثلث والثلثان وإن أردت إزالة الكسر فاضرب أصل المسألة وذلك
خمسة عشر في مخرج النصف وذلك اثنان فتصير ثلثين فاستقام ثم خاصم الموصى
له الثاني الأول إلى القاضي الذي قضى بالثلث للأول أو إلى قاض آخر لأنه يدعي
التركة فيها في يده وهو خصم اعتبارا بيده واستحقاقه ظاهرا ولذلك لو كان
الموصى له الأول هو الذي غاب وأقام الثاني البينة على الوارث فالوارث خصم
وإذا قضى عليه يكون قضى على الموصى له الأول لأن الأول يدعي تلقي الملك من جهة
الميت من جهة الميت والوارث فكان القضاء على الميت قضاء عليه وعلى الوارث هذا
إذا قضى القاضي للأول بالثلث ودفع إليه فلو أنه قضى بوصيته ولم يدفع الثلث
إليه حتى غاب الوارث ثم أقام الموصى له الثاني البينة على الأول بالوصية سواء أن
أقام البينة عند القاضي الذي قضى بالثلث للأول ههنا والأول سواء لأن القاضي
علم كون الأول خصما له لأنه يدعي التركة فيما يستحقه من الميت والقاضي
علم أن الثلث للموصى له الأول في يد الوارث أمانة ويد الأمين كيد المالك
ولو كان في يد خصمه ليس بمودعه الثاني علته فكذا إذا كان في يد خصمهما
وإن أقامها عند آخر لم يكن الأول خصما له ولا تقبل بينته لأن الثاني يدعي
نصف الثلث لنفسه من جهة الميت ولا يدعي عينا في يده ولا دينا في ذمته
وهذا القاضي لم يعرف كون الثلث في يد الأول من حيث الحقيقة ولا من حيث
الحكم فلو ثبت إنما يثبت بإقرار الأول أن الميت أوصى له بالثلث وأن الثلث
عند الوارث أمانة إلا أنه لا يصير خصما بها لأنه يريد أن يجعل نفسه
خصما عن الميت ومن الجائز أنهما لو تواضعا على ذلك ليصير الميت مقضيا عليه
فيصير الوارث مقضيا عليه فيكون إقرارا على الغير ولا يصدق

كما لو ادعى على غائب حقا على رجل أقر أنه وكيل الغائب بخصومته في ذلك والقاضي
لا يعرف كونه وكيلا لا يجعله خصما ولا يقبل البينة عليه كذا هذا وكذا لو ادعى
عقارا على رجل وأقر المدعى عليه أنه في يده لا يسمع دعواه ولا يقبل البينة
بخلاف المنقول وبخلاف المسألة الأولى لأنه يدعي عينا في يده إن كان قائما وإن كان
هالكا ويدعي في ذمته الدين فانتصب خصما ولو كان الموصى له الأول هو الغائب والوارث
حاضر وأقام البينة عليه يقضى عليه وعلى سائر الورثة على الموصى لهم لانتصابه خصما
عن الميت من كل وجه والقاضي علم بذلك وإن لم يجعله خصما فقضى بالثلث للأول ودفع
إليه وأقام الثاني البينة على وصيته بمحضر الأول أن يكون الميت أوصى له بشيء أو أن
يكون أخذ من ماله شيئا وادعى أن المال الذي في يده ماله ورثه عن أبيه أو وديعة
عنده أو ادعى رجل شيئا من الميت كان خصما ويقبل بينته عليه ويقضى عليه وعلى
الورثة لأنه يدعي بعض ما في يده لنفسه وذو اليد يزعم أنه ملكه أو وديعة في يده
من غيره أن يدعي المدعي تلقي الملك منه فكان خصما له مدعيا مطلقا سواء ادعى الملك
مطلقا أو ادعاه بسبب من غيره ألا ترى أنه لو ادعى الشراء عليه من قبل
الغير كان خصما وكذا لو ادعى الوراثة فكان خصما للمدعي سواء كانت
الخصومة عند القاضي الأول أو عند قاض آخر لم يقم البينة على الإيداع لأنه
انتصب للأول وعند قاض آخر لم يقم البينة على الإيداع لأنه انتصب
خصما بيده وإن أقام الأول البينة على كونه مودعا لم يسمع بينته ويندفع
الخصومة عنه أم لا لم يذكر في الكتاب وذكر الشيخ أبو بكر البلخي رحمه الله
في شرح الجامع أنه يجب أن لا يندفع وقاسها على مسألة دعوى المشترك
وهو أن من ادعى عبدا في يد إنسان أنه لو اشتراه من فلان الغائب ونقد
ثمنه وذو اليد ادعى أن فلانا أودعه ذلك الغائب الذي يدعي المدعي الشراء
منه وأقام البينة على ذلك فإنه لا يندفع الخصومة عنه نص عليه في كتاب
الدعوى من هذا الكتاب بخلاف ما لو ادعى المدعي ملكا مطلقا وكان تقرير الطلب
محمد رحمه الله في الكتاب فقال إن الموصى له الأول خصم للموصى له الآخر مطلقا فلا
يفصل آخر دليل على أنه يقبل البينة ولو ادعى الأول أن المال وديعة في يده

او غصب للميت فلا خصومة بينهما حتى يحضر الوارث لان الثاني ادعى بعض ما في
يد الاول من جهة الميت والاول ادعى ملك المورث الذي يدعي الثاني التلقي منه فقد
تضادا انما وقع فيه الدعوى وصل اليه من جهة الغائب على وجه لا يكون
هو خصما لان المودع والغاصب لا ينتصب خصما لمن يدعي الملك المطلق او يدعي
الملك المطلق كما لو ادعى عبدا في يد رجل انه عبده اشتراه من فلان الغائب
وذو اليد يدعي انه وصل اليه من جهة الغائب تندفع عنه الخصومة من غير
بينة الا اذا قال المدعي اشتريته منه وامرني بالقبض منك فانه لا يسمع [illegible]
عنه لانه اقام نفسه مقام الغائب فصار حضرته كحضرة الغائب ولو قدم
الوارث في هذه الى القاضي الاول او الى من اخر جعله خصما لانه قائم مقام
المورث من كل وجه على ما ذكرنا رجل مات وخلف وارثا وترك مالا
فاقام رجل البينة ان له على الميت الف درهم دين فقضى القاضي على الوارث ثم غاب
الوارث فاقام رجل البينة على الغريم ان له على الميت الف درهم لا تقبل بينته
حتى يحضر الوارث فرق بين الغريم والموصى له بالثلث فان الموصى له بالثلث
ينتصب خصما للموصى له بالثلث والفرق ان الموصى له بالثلث يستحق من التركة
ما للوارث حتى لو اراد الوارث ان يعطي له الثلث من مال نفسه لا يكون له ذلك
الا برضى الموصى له واذا كان يستحق جزءا من التركة فالموصى له الثاني ادعى بعض
ما في يد الاول لنفسه من جهة الميت فانتصب ذو اليد خصما له لقيام
يده في دعوى الملك فيه لنفسه اما الغريم لا يستحق عين التركة ولهذا
كان للوارث ان يعطي حقه من مال اخر رضي الغريم بذلك او لم يرض واذا
لم يستحق عين التركة فبدعوى الدين على الميت لا يصير مدعيا لبعض
ما في يده لنفسه حتى ينتصب خصما لقيام يده وانما يدعي الدين على
الميت وفي دعوى الدين على الميت الخصم من يخلف الميت خلافة تصرفا
وملكا وهو الوارث او تصرفا وهو الوصي ولهذا لو شهد شاهدان لرجلين
ان لهما على الميت الف درهم جازت شهادة العدلين في ظاهر الرواية لان
الدين يجب في ذمة الميت لا في المال فكان حق كل واحد منهما غير حق

الاخر فتقبل كما لو شهدوا على هذا الوجه في حال الحياة ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما لا يكون للاخر حق المشاركة ولو شهد شاهدان لرجلين
بالوصية بثلث المال وشهد المشهود لهما للاولين بالوصية بثلث المال لا تقبل
لان كل فريق اثبت الحق للمشهود له في المال والمال مشترك بينهم ولهذا لو
قبض احد الفريقين شيئا كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا
حق المشاركة لنفسه فيما يشهد به وان كان الغريم الثاني ايضا ادعى حق
المشاركة فيما في يد الغريم الاول كما ان الموصى له الثاني يدعي بعض ما في يد
الموصى له الاول وهذا لان الدين بعد الموت يتعلق بعين التركة حتى يبقى
ببقائها ويبطل بهلاكها ولو قبض الغريم حقه ثم ظهر غريم اخر كان للثاني
ان يشاركه فيما قبض كالموصى له ولهذا قال ابو يوسف رحمه الله في مسألة
الشاهدين لا تقبل شهادتهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله فتقبل دعوى
المشاركة لمن يدعي بعض عين ما في يد الاول لانه لا يستحق عينا في يد
الاول من دينه لو كان يعرف ظاهرا او اراد ان يشاركه كان للاول
ان يمنع منه ما قبض ويعطيه من مال اخر ولا يكون هو بدعوى الدين مدعيا
لبعض ما في يده لنفسه حتى ينتصب خصما له لقيام يده عليه لو انتصب
خصما انما ينتصب لانه قائم مقام الميت اما قصدا او حكما ولم يوجد واحد
منهما وهذا لان الدين محله الذمة ولا يستوفى من غرمائه ما يثبت له المشترك
فيما في يده اذا ثبت انه كان في ذمة الميت دين حتى يتحول [illegible] الى التركة
ولا يثبت الدين في ذمته الا بحضرة الوارث او الوصي واذا لم يثبت الدين
لم يثبت الاشتراك فيما في يده بخلاف الموصى له لانه يدعي عينا في يده او دينا
في ذمته لا في ذمة الميت الا ترى ان الوصية تبطل بهلاك المال والدين
لا يبطل ولو كان الوارث هو الحاضر قبلت بينته عليه وقضي بالدين لان الوارث
ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى له وعليه بمنزلة وصي الميت ولانه يدعي
عينا في يده او دينا في ذمته فانتصب خصما ويؤمر بقضاء الدين مما في يده
لتقدم الدين على الميراث فلو توى جميع ما في يد الوارث ولو فعل [illegible]

وحضر الغريم الأول أخذ الغريم الثاني منه نصف ما قبض لقدر حقه كما لو كان
حاضراً في الابتداء وضمان الوارث بما بقي لهما لأن الثابت بالبينة كالثابت بمعاينة
ولو علم القاضي بدينهما وقد قبض الأول القابض أن القاضي أشرك الثاني مع الأول
فيما قبض ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما لذلك هنا وهذا لأن التركة هالكة
مضمونة على الوارث ولو قضى الوصي ديناً على الميت بشهود ولا ضمان عليه
وإن كان قضى ذلك بغير أمر القاضي لأنه مأذون بقضاء دينه فإن ظهر على
الميت دين بعد ذلك أن دفع إلى الأول بقضاء ولا ضمان عليه لأن أمر
القاضي أمره عليه فصار كالمكره ولكن يتبع الثاني الأول بحصته لأنه لا
منشر كما بينه ومن يحبس ولا يصح اقتضاؤه في نصيبه ويرجع عليه وإن
قضى بغير أمر القاضي فالثاني بالخيار إن شاء اتبع الغريم الأول وأخذ منه
حصته وإن شاء أخذ من الوصي لأنه ظهر أن الأول أخذ حصته ويرجع عليه
الوصي دفع ما لا منشرطا إلى آخره وأبطل حق الثاني فيه فصار ضامناً
لنصيبه لهذا إذا كانا غريمين لو كان الأول موصى له بالثلث فقضى له وقبض
الثلث وغاب الوارث فأقام رجل البينة على الموصى له أن على الميت ألف درهم
لا يكون الموصى خصماً له ولا تقبل بينته عليه كما لو كان الأول غريماً لأنه
لا يدعي بعض عين ما في يده وإنما يدعي ديناً على الميت والموصى له ليس بخلف
عن الميت أيضاً في إثبات الدين عليه فلا ينتصب خصماً عنه ولا يصح عليه
الخصومة وإن كان الثلث في يده لأنه يدعي بعض ما في يده حتى ينتصب خصماً لقيام
يده عليه وكذلك لو كان الأول غريماً والثاني موصى له لم يكن الغريم خصماً له لأنه
لا يدعي بعض ما في يد الغريم لنفسه وإن كان حق الموصى له بالثلث في عين التركة
لأن الدين مقدم على الوصية فهو لا يدعي بعض ما في يده ولا هو خلف عن
الميت أيضاً ولو كان الحاضر هو الوارث في هذا الكتاب كله قضى عليه فكان
هذا قضاء على الموصى له الغائب لأن الوارث ينتصب خصماً فيما يدعي على
الميت باعتبار الخلافة ولا يحتاج فيه إلى التركة والتمكن من الاستيفاء ألا ترى
أنه لو ادعى على الورثة ديناً على الميت وأقر أنه مات مفلساً وليس في أيديهم

شيء وأقام البينة تقبل بينته وله أن يحلف الورثة على العلم عند عدم البينة
لأن الحاجة إلى الإثبات دون الاستيفاء وحكى الفقيه أبو الليث عن الفقيه
أبي جعفر رحمهما الله أنه لا تسمع البينة قبل ظهور المال ولا يستحلف الورثة
إلا عند ظهور المال وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأن الحاجة ماسة
إلى سماع البينة لأن الشهود ربما غابوا أو ماتوا فتمس الحاجة إلى قبولها صيانة
لحق المدعي بخلاف الحلف لأنه لا يمكنه تحليفه عند ظهور المال فلا حاجة إليه
في الحال ولو أقام الأول البينة أن الميت أوصى له بهذه الجارية بعينها وهي
ثلث ماله فقضى له بها وقبضها وغاب الوارث وأقام آخر البينة أن الميت
أوصى له بتلك الجارية فإن الأول ينتصب خصماً للثاني ولو كان أقام الثاني
البينة أنه رجع عن الوصية الأولى وأوصى له بها تقبل بينته لأنه يدعي عين
ما في يده من جهة الميت عن أنهم إن شهدوا بالوصية دون الرجوع يقضى له بنصفها
لأنه يدعي استحقاق بعضها في يده وإن شهدوا بالرجوع يقضى له بكلها لأنه
يدعي استحقاق جميع ما في يده فينتصب خصماً بظاهر اليد ويكون القضاء عليه
قضاء على الوارث بتلقي الملك من جهة الميت مقضياً عليه بهذه البينة فكل
من تلقى الملك من جهته يصير مقضياً عليه ضرورة ولو كان الحاضر هو الوارث
أو قد غاب الموصى له لا خصومة بين الثاني والوارث سواء خاصمه إلى القاضي
الأول أو إلى غيره لأن الثاني لا يدعي عين ما في يده لا حقيقة ولا حكماً لأنها ليست
في يده لا حقيقة ولا حكماً لأنها ليست في يده لا حقيقة ولا حكماً ولا يدعي ديناً
في ذمته ولهو ليس بخصم عن الموصى له الأول فلا تقبل بينته فإن قيل إن لم
ينتصب خصماً لقيام اليد يجب أن ينتصب خصماً لقيامه مقام الميت لأن
الوارث يقوم مقام الميت فيما يدعى على الميت ألا ترى أنه ينتصب خصماً لمدعي
الدين وإن كان لا يدعي شيئاً في يد الوارث قيل له هو الوارث يقوم مقام الميت
فيما يدعى على الميت باعتبار الميراث والجارية خرجت عن التركة لما قبضها
الموصى له الأول وصار الميت مقضياً عليه والوارث ليس بخصم عن الموصى
له الأول والدعوى في القضاء وقع عليه حقيقة ألا ترى أنها لو أن دا ذ

زيادة متصلة او منفصلة كانت الزيادة حادثة على ملك الموصى له واذا اخرجت
الجارية عن ملك الميت حقيقة وحكما لم يكن الوارث خصما للمدعي بخلاف
ما لو ادعى الدين لانه يثبت الدين في ذمته لما لو ظهر للميت مال يدخل تحت
القضا غير خارج عن ملك الميت لا حقيقة ولا حكما وليس فيه ابطال حق الغير
بخلاف الوصية بالثلث مرسلا لان الموصى له بالثلث شريك للوارث في جميع
التركة فكان الثاني مدعيا بعض ما في يد ناصب خصما الا ترى انه لو هلك
ما في يد الاول كان للثاني ان ياخذ ثلث ما في يد الوارث بخلاف الجارية وذكر
شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله ان تقدم الثاني الوارث الى القاضي الاول
لم يجعله خصما لانه عرف انه ليس بمستحق لما ادعاه وليس في يده ايضا وان
قدمه الى قاض اخر جعله خصما باعتبار الخلافة عن الميت ولم يعرف خروجه
عن الخلافة بالعارض الذي اثبته الاول فجعله خصما وقضى عليه بالوصية
بها وصار ذلك قضا على الموصى له الاول ايضا وسوا شهد شهود الثاني
على الوارث بالرجوع عن الوصية الاولى او لم يشهدوا لانه لا يستقيم ان
يكون خصما عن الميت في حق اثبات الرجوع لانه دعوى الرجوع تتوجه
على الموصى له الاول لا على الميت وهو ليس بخصم عن الميت هذا اذا قضى القاضي
للاول ودفع الجارية اليه ولو انه قضى له ولم يدفعها اليه حتى حضر الاخر
فخاصم الوارث الى القاضي الذي قضى للاول لا ينتصب الوارث خصما ولا
تقبل بينته عليه لانه عرف ان الجارية ملك الموصى له الاول وانها امانة
في يد الوارث فكان الوارث بمنزلة المودع والقاضي متى عرف كون ذي
اليد مودعا لا يجعله خصما للمدعي وهذه المسألة تؤكد ما قلنا بخلاف ما قاله
الاسبيجابي ان خاصمه الى اخر فهو خصم ويقضى عليه لانه ادعى عينا في يده
ويزعم انه لغيره والقاضي لا يعلم به فلا يندفع عنه الخصومة بمجرد قوله
واذا قضى عليه كان قضا على الموصى له الاول لان الموصى له الاول يدعي
تلقي الملك من جهة الميت والميت صار مقضيا عليه ببينة الموصى له الثاني
فكذا كل من يتلقى الملك من جهته ثم سوى شهد الشهود بالوصية والرجوع او شهدوا

بالوصية دون الرجوع يقضى بالوصية للثاني ولا يقضى بالرجوع دون وقف
الرجوع حتى يحضر الاول ويقضى للثاني بنصف الجارية لان الوارث خصم في
اثبات الوصية لان المقضي عليه في اثبات الوصية الميت والوارث ينتصب خصما
فيما يدعي على الميت اذا كانت التركة في يده اما المقضي عليه بالرجوع الموصى له
الاول والميت في حق الرجوع يقضى له بقضي الوارث ليس بخصم فيما يدعي على
الموصى له الاول لانه انفصل عنهما بسبب ما فاذا حضر الاول فان اعاد الثاني
البينة على الرجوع على الاول اخذ الكل والا اخذ نصفها لما قلنا ولم يذكر في الاصل
انه لو قدم الموصى له الاول الى القاضي والجارية في يد الوارث والجواب انه
قدمه الى القاضي الذي قضى للاول لا يجعله خصما في الوصية والرجوع لان المال
ثبت له عنده وظهر انه مالك وانه مستحق حايل بينه وبين الجارية فصار خصما
وان قدمه الى قاض اخر لا يجعله خصما لانه لا يدعي شيئا في يده ولا يعرفه
خصما فلا يصدقه على حال الغير ولو اقام الاول البينة ان الميت اوصى له بثلث
المال فهي مسألة اول الباب وقضى له ودفع اليه ثم جاء رجل واقام البينة على
الموصى له انه اوصى له بالثلث ورجع عن الوصية الاولى فانه ياخذ الثلث
من الاول ويدفعه الى الثاني لانه يدعي استحقاقا في يده وذو اليد يجد منتصب
خصما لقيام اليد ودعوى الملك ولو ان الوارث لو اتى اخر لم يكن خصما في الرجوع
وقبلت الشهادة على الوصية ووقف الرجوع اما انه ليس بخصم في الرجوع لما قلنا
في العين واما انه خصم في اثبات الوصية فرق بين هذا وبين الجارية بعينها
والفرق ان الوصية بالجارية والموصى له الاخر لا يدعي على الوارث استحقاق
شي في يده لا حقيقة ولا حكما فلا ينتصب لا لقيام اليد ولا لقيامه مقام
الوارث فاما في الوصية بالثلث الموصى له يدعي استحقاق ما في يد الوارث
لانه شريك الوارث في جميع التركة ولهذا لو هلكت الجارية في يد الموصى
له الاول او في يد الوارث لم يكن للثاني ان ياخذ من الوارث شيئا ولو هلك
الثلث في يد الموصى له الاول ياخذ الثاني من الوارث خمس ما في يده واذا كان
خصما في الوصية يقضى عليه ويكون قضا على الموصى له الاول لما ذكرنا

حتى لو حضر الاول لا يحتاج الى اعادة البينة ويشاركه فيما في يده
ويأخذ منه نصفه الا ان يعيد البينة عليه على الرجوع فيأخذ منه جميع
ما في يده ولم يذكر في الاصل لو لم يقبض الاول المال وجوابه انه ان قدم الوارث
جعله خصما لان الوصية بالثلث يثبت الشركة في جميع المال ووجود القبض
وعدمه سوا في حق الوارث لانه لا ينقطع الشركة الا انه لا يقضي بالرجوع
وانه قدم الموصى له ان قدمه الى القاضي الاول جعله خصما لانه يعلم صار شريكه
ومستحقا ويقضي عليه بالرجوع لانه هو الخصم في الرجوع والقاضي يعلم
به وان قدمه الى قاض اخر لا يكون خصما لانه لا يدعي عينا في يده ولا دينا
في ذمته والقاضي لا يعلم اقضي ولو ان الاول اقام البينة ان الميت اوصى
له بهذا العبد وهو يخرج من ثلثه فيقضي القاضي له به ودفعه اليه وغاب
الوارث فاقام رجل اخر البينة ان الميت وصى له غايته دينار وقدم الموصى
له الاول الى القاضي لم يكن خصما له لان الثاني لا يدعي استحقاق شيئا من
يده وانما يدعي الامر شائعا فاشبه الدين الا ترى انه لو هلك العبد لا يبطل
وصية صاحب المائة فلا ينتصب خصما لتمام اليد لانه لا يدعي حقا في يده
ولا دينا في ذمته ولو كان الوارث هو الحاضر يقضي عليه وعلى الاول لانه
لا يدعي عليه قدرا استحقاقا بما في يده فينتصب خصما ويكون القضا
عليه قضا على الاول لان الميت يصير مقضيا عليه فكذا في حق من يلي الملك
من جهته حين يصرف الثاني مع الاول في الثلث ان لم يخرج الوصيان من الثلث
ويرد الاول بعض العبد الى الورثة بقدر ما لا يخرج من الثلث رجل له على
رجل الف درهم دينا او كان له في يده الف غصبا او وديعة ونحو ما عنده
بعينها وصاحب المال غايب واقام رجل البينة ان صاحب المال توفي واوصى
له بالالف التي قبله او عليه والذي في يده الالف مقر بالمال ويقول لا ادري
امات صاحبه ام لا فان القاضي لا يجعل صاحب اليد خصما للمدعي ويقول
له احضر وارثا او وصيا ان كان له وان لم يكن جعل القاضي صاحب اليد
او عبدا فيما يجد باتت موته عنه ويقبل بينته عليه فرق بين هذا

وبينما اذا جا رجل ادعى انه وارث فلان الغايب ابنه او اخوه والغاصب والمودع
مقر بالمال لكن قال لا ادري انه مات او لم يمت او قال لا ادري انه وارثه ام لا فاقام
البينة على موته وانه ابنه او اخوه تقبل بينته وينتصب هو خصما والفرق ان
الغاصب او المودع او المديون ينتصب خصما للوارث ولم يكن نايبا عنه ولا ينتصب
خصما لغيرهم عن يدعي حقا فيه والوارث نايب الميت وخليفته فيما ورث منه
الا ترى انه هو الا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الموروث حي فيصير معدودا
فيما استحقه المورث فاما الموصى له ليس بنايب عن الميت بل ملك الموصى له ملكا
جديدا بعقد جديد الا ترى انه لا يملك الموصى به الا بالقبول ويرتد برده كالبيع
والهبة بخلاف الميراث فصار هذا بمنزلة الوادعي ان فلانا وهب منه هذه الالف
وسلم اليه والمودع مقر بالملك لفلان ولكن يقول لا ادري انه وهب منك ام لا فان
المودع لا ينتصب خصما للموهوب له الا ترى انه لو اشترى عبدا من رجل وهو
في يد غيره وطلب من صاحب اليد تسليمه فاقر انه ملك البايع لكن ادعى انه وديعة
في يده لا يؤمر بالتسليم الى المشتري ولو ادعى المشتري انه اشترى منه وامر
بالقبض منه لا يندفع عنه الخصومة لانه اثبت النيابة عن الغايب لا يندفع
عنه فكذا خصومة ابنه وكذا لو لم يدعي المدعي وصية من جهة الغايب ولكن
ادعى دينا عليه لا ينتصب الغاصب والمودع خصما لان الغريم ليس بنايب
عن المودع والمغصوب منه في املاكه وهذا اظهر لانه لا يدعي عينا في يده
قصدا وانما يدعي دينا في ذمة الميت ثم يتعدى الى ما في يده على ما ذكرنا
فاذا لم ينتصب خصما في الوصية فهنا اولى بهذا له اذا كان قبله المال مقرا
بذلك اما اذا كان جاحدا فقال المال لي او يقول الكنه قال وهب صاحب
المال او اشتريته منه في حال حيوته او انكر موته فان القاضي يجعله خصما للمدعي
ويقبل بينة المدعي ويقضي في الوصية بثلث الالف لان الموصى له ادعى الالف
لنفسه والذي في يده المال يجحد ويدعي ان ما في يده ملكه فينتصب خصما له وتعدى
القضا الى الوارث لانه يدعي الملك لنفسه فيما في يده الحاضر بسبب ادعى على
الميت فينتصب الحاضر خصما عن الميت مقضيا عليه بمنزلة من ادعى الملك

في يد رجل يسوى من غائب والذي في يديه ينكر ويدعي لنفسه فيقضي عليه ويتعدى
القضاء الى الغائب وانما يقضي له بثلث الالف لان محل الوصية الثلث والقاضي لم
يتيقن بوصول ثلثي الالف الى الوارث ولا يعلم ان له مال اخر ام لا فان اقام الموصى
له شاهدين ان الميت ترك العبد يسوى الف الالف وقبضها اسد ثلاثين ولا يعلمون
له وارثا غيره يقضي للموصى له بالالف كلها لانه ثبت بالبينة العادلة وصول
ثلثي الالف الى الوارث وان هذا الثلث مال الميت فيقضي له بجميعه وكان هذا
قضاء على الوارث حتى لو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم اقبض شيئا الا الالف
اليه وكان القضاء ماضيا لان الميت صار مقضيا عليه بنفسه المدعي فكل من
يتلقى الملك من جهته صار مقضيا عليه ايضا وهذا كما قلنا في
البيع اذا امر المديون رجلا بقضاء دينه واقام المامور البينة على الامر انه
قد قضاه فلان بينته وثبت له حق الرجوع على الامر فان حضر الطالب
وانكر الاستيفاء لا يلتفت الى قوله لان الحاضر كان خصما عنه وكذا في
الكفالة والحوالة على ما ذكرنا هذا ادعى الوصية ولو ادعى دينا على الغائب
لم يكن الذي قبله المال خصما حتى الوارث او الوصي سوى كان الذي قبله المال
مقرا او جاحدا لانه لا يدعي عينا في يده ولا دينا في ذمته وانما يدعي الدين
في ذمة الميت ولا يستحق خصما لما امر الاداء اقام البينة انه مات
من غير وارث ولا وصي وانه كان رجلا من اهل اسلم ولم يوال احدا فان
القاضي يتلوم في ذلك لاحتمال انه يظهر له وارث فان لم يظهر فان القاضي
ينصب وصيا يخاصم عنه ويقضي للمدعي بالدين لان للقاضي ولاية التدبير
في مال الميت وفي مال كل من عجز عن النظر بنفسه ولانهم لما شهدوا انه
مات ولم يترك وارثا فقد شهدوا انما تركه لجماعة المسلمين والمدعي يدعي
ولم يترك وارثا فقد شهدوا انما تركه لجماعة المسلمين والمدعي يدعي الدين
على كافة المسلمين ولا يمكنه الخصومة ودعوى المال على كافة المسلمين لكثرتهم
والقاضي يجعل عنهم نائبا ويصير خصومته حينئذ كخصومة الوارث كما في نيابة
حقوق المسلمين من دعوى الطريق والانهار على الحائط المائل ونحو ذلك نصب

كان له ان ياخذ المال من المودع والمديون ويقضي دين الميت ولذلك لو كان
الذي في يده المال يقر بالمال لكن قال لا ادري امات فلان ام لا لم يعتبره ولو اقام
المدعي البينة على الدين لكن اقام البينة انه اوصى له بالالف التي قبله ولا مال
له سوى هذا وانهم لا يعلمون له والذي في يده المال يقر بالمال هو خصم ويقبل
بينة المدعي عليه ويقضي للموصى له بالالف وكذا لو كان جاحدا على محمد رحمه الله فقال
لان الشهود شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا فصار الموصى له الوارث جعل الموصى
له هنا بمنزلة الوارث ولم يجعله بمنزلة الموهوب له حتى جعل المودع خصما له
وفيما اذا كان للميت وارث جعل الموصى له بمنزلة الموهوب حتى لم يجعل المودع خصما
والفرق ان الموصى له يشبه الموهوب له من وجه والوارث من وجه اما الموهوب
له فلان الموصى له ملك الوصية بعقد جرى بينه وبين الميت وهذا ملكه ملكا
جديدا كالموهوب واما الوارث فلانه انما ملك الموصى به بالموت فانه لو مات
الموصى لا يملك ولا يشترط القبض والاقرار لصحتها فعملنا بها في حالين فجعلنا
فالحقناه بالموهوب له متى كان للميت وارث وبالوارث متى لم يكن للميت
وارث عملا بهما بقدر الامكان ولهذا قلنا ان للموصى له بجميع المال ان يرد بالعيب
ويرد على الميت عليه بمنزلة الوارث بخلاف قيام الوارث ولان الدعوى
توجهت على الميت فلا يصح الا على من هو خلف عن الميت اما الموصى له بجميع
المال لا يدعي حقا على الميت انما يدعي خلافه عن الميت لان الموصى له بجميع
المال في معنى الوارث لانه يقول عقد معي عقد الولاء واقامني وارثا له بسبب
الولاء لو قال هكذا يتصير منتصبا استقام ان يكون خصما في حق المودع كما لو
ادعى الوراثة بالقرابة وكذا اذا ادعى هذا الكلام الا ترى انه يقضي
له بالمال كله ولو كان بطريق الوصية لم يكن كذلك لان الوصية لا تزيد
على الثلث استشهد محمد رحمه الله فقال الا ترى انهم لو شهدوا انه اقر عند
موته انه اخوه لابيه وامه لا يعلمون له وارثا غيره نصب المودع خصما له
ويقضي له بماله كله وان لم يثبت نسبه من ابيه لما لم يكن للمقر وارث
معروف ولذلك لو شهدوا انه اقر عند موته انه اسلم على يده ووالاه

تزمات ولا يعلمون له وارثا غيره جعل مولى الموالاة والمقر له بالنسب بمنزلة
الوارث لما لم يكن له وارث اخر فكذلك الموصي له بجميع المال وبهذا الطريق صحت
الوصية بجميع المال لانه بمنزلة الوارث في هذه الحالة في المبسوط اذا مات رجل
فادعى اخر انه اوصى له بالثلث من كل شيء واقام شاهدين وقضى له ثم رجعا
عن شهادتهما ضمنا الثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما وكذلك
لو شهدا انه اوصى بالثلث في حيوة الميت ولم يختصموا في ذلك حتى مات ففي
هذا نوع اشكال فالوصية اخت الميراث وقد ذكرنا في الرجوع عن الشهادات
انهما لو شهدوا بالنسب في حالة الحيوة لم يضمنوا شيئا بعد الموت فكذلك
ينبغي ان يكون في الوصية لان استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت
فان الملك للموصي له ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافة على
معنى انه يبقى للوارث من الملك ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا يتحقق
الا بالموت يوضح الفرق ان الشهادة بالنسب في حالة الحيوة وان كانت توجب
الميراث بعد الموت ففيها المعارضة لجواز ان يموت المشهود له اولا فيرثه
المشهود له عليه فلا يجب الضمان على الشهود ولا يتحقق مثل هذه المعارضة
في الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة الشهادة على النسب بعد
الموت فيكون موجبا للضمان عليهما اذا رجعا ولم يذكر في مسالة الكتاب
حكم ظهوره حيا وذكر بعد هذا في اخوات هذه المسالة فنقول اذا حضر
الغائب يعرف ان قضاء القاضي كان باطلا وظهر كذب الشهود فالغائب
فكان له الخيار في الغصب يعني ان كان المال بيد صاحب اليد غصبا ان شاء اخذ
من القابض الذي ادعى الوصية لانه قبض ماله بغير رضاه وهو لا يرجع على
احد كالغاصب اذا ضمن وان شاء اخذ من الشاهدين لانهم شهدوا
بالملك للقابض ولا يرجعان على القابض لان المال حصل في يده وهم شهدوا
لاجله وانهما بمنزلة المضمون لهما الضمان كالغاصب الاول وان شاء اخذ من الغاصب
بالغصب وهو الجاحد ان شاء رجع على الشهود والشهود يرجعون على القابض
وان شاء رجع على القابض ولا يرجع هو على احد وفي الوديعة لا ضمان على المودع لانه

دفع بقضاء القاضي والضمان على الشهود او على القابض فان ضمن الشهود
رجعوا على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على احد وفي الدين يجب الضمان
على الدافع وهو ما كان عليه من الدين ولا يجب على غيره شيء لان حق الغايب
في الدين في الذمة وهو دفع العين من مال نفسه فلم يوصل الجناية على مال
الغايب الا ان الدافع يرجع ان شاء على الشهود لانهم اكرهوه على الدفع وان
شاء على القابض لانه قبض ماله بغير حق فكان غاصبا في حقه فان ضمن الشهود
رجعوا على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على احد ولو لم يجي الغايب حيا ولكن
جاء وارثه بعد ان القضاء كان جائزا الا انه ظهر موته ولا ضمان على الدافع في
الوجه لان ابرا القاضي كان جائزا في تركته ولا ضمان على الشهود ايضا لانه
لم يظهر كذبهم وقولهم مات من غير وارث فكان من اهل الارض لا يوجب
الضمان لانه ليس بشهادة في نفسه فلا ضمان عليهما الا ان القابض يغرم المثل
لانه ظهر انه قبض ذلك بغير حق ولو تبين ان الشهود عمدوا بالضمان على
القابض ولا شيء على الدافع لانه دفع بامر القاضي وتبين ان له ولاية في ذلك حيث
ظهر موته ولا شيء على الشهود لانه لم يظهر كذبهم الا ان القاضي اخطا في
قضائه فيجب الضمان على من وقع له القضاء رجل غاب وله على رجل الف
درهم قرض او له قبله الف درهم غصب او وديعة بعينها فجاء رجل وادعى
انه مات واوصى اليه في كل ماله قليل وكثير واقام البينة على ذلك بين يديه
خصم اقر بالمال او جحد ودفع اليه اما اذا جحد فلانه يزعم ان ما في يده ملكه
فينتصب خصما لمن يدعي فيه ملكا او حقا على ما ذكرنا واما اذا اقر فكذلك
عرفنا في هذه المسالة ومعناه اذا ادعى انه اوصى في المرض ان الموصى له يدعي ملكا
ما في يده من جهة الميت وقد اتفقا على وصول المال اليه في اليد من جهة الميت
فلا ينتصب خصما كما لو ادعى الشرى او الهبة اما هنا لا يدعي الملك بل ادعى
انه نائب للمالك ووكيله فصارت حضرته لحضرة المالك فكما لا يقدر على
دفع المالك لا يقدر على ما دفع من قام مقامه الا ترى انه لو ادعى انه وكله
في قبض ماله عليه او عنده في حال حيوته واقام البينة لا يقدر على دفعه

فكذا إذا ادعى قيامه بقيامه بعد الموت فلو قضى بذلك ودفع المال إليه ثم جاء
المشهود بموته حيا فهذا على وجهين إما إن هلك المال في يد الوكيل أو كان
قائما في يده ففي الوجه الأول لا ضمان لا ضمان على الشاهدين لأنهما لم يتلفا عليه ملكا
لأنهما لم يشهدا بالملك به لأحد ولأن الوارث عن ماله معنى لأنهم أثبتوا بدل
حافظ على ماله فإن يد الوصي يد حافظة في أموال الميت فلم يكن فيما شهدوا به
معنى الإتلاف ولا يضمنون شيئا ألا ترى أنهما لو شهدوا أنه وكل هذا الرجل
بقبض دينه الذي على فلان وفلان يقر بالدين فقضى به للوكيل وقبضه واستهلكه
ثم قدم صاحب الدين وأنكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما لا ضمان عليهما لأنهما لم يتلفا
المال بشهادتهما إنما نصبا عنه نائبا ليقبض المال ويحفظه ويضمن الوكيل
بالاستهلاك لأن المال في يده حصل أمانة للوكيل وقد تعدى بالاستهلاك وهل
يضمن الوصي والذي قبله المال فهو على ثلاثة أوجه أما إن كان الذي قبله
المال غاصبا أو مودعا أو غريما ففي الوجه الأول وهو ما إذا كان غاصبا
المالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب بغصبه وإن شاء ضمن القابض لأنه ظهر أنه
قبض ماله بغير حق لأنه وإن لم يظهر كذب الشهود في الانتقال لكن ظهر كذبهم
في الموت فظهر أنه أخذ ماله بغير إذنه فصار كالغاصب فإن ضمن الوصي
لأنه ملك المضمون بأداء الضمان ولم يرد عليه بعد من قبل أحد فصار كغاصب
الغاصب إذا ضمن وإن ضمن الغاصب رجع به على الوصي لأنه ملك المضمون
بأداء الضمان وقد تعدى عليه الوصي فصار كأنه غصب منه وفي الوجه
الثاني وهو ما إذا كان مودعا فلا يضمن المستودع ولكن يضمن الوصي
أما المودع فلأن الوديعة أحدث من يده كرها بقضاء القاضي فصار كما لو
غصب منه غاصب وأما الوصي فلأنه وإن قبض بأمر القاضي إلا أن أمر
القاضي لم يصح لما ظهر صاحب المال حيا لأنه ليس للقاضي ولاية التصرف
في مال الحي فصار قابضا ماله بغير إذنه وبغير إذن من يلي عليه
وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كان غريما ولا ضمان على الوصي ولكن يرجع على
الغريم بدينه أما لا ضمان على الوصي لأنه لم يقبض ماله إنما قبض مال الغريم

لان

لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون له تضمينها وإنما يرجع على الغريم لأن الغريم
لم يبرأ بدفع المال إلى الوصي وإن دفع بأمر القاضي لأن أمر الدفع لم يصح لما ذكرنا
ويرجع الغريم على الوصي لأنه إنما دفع إليه ليسلم له ما في ذمته ولم يسلم وكان
له حق الرجوع عليه هذا إذا هلك المال في يد القابض أما إذا كان قائما في يد
فصاحب المال بالخيار إن شاء أجاز قبضه وأخذ المال من يده وإن شاء لم يجز وأخذ
المال من الغاصب أو الغريم أما حق الغريم في الغاصب فلأنه أخذ عين ماله بغير
إذنه فيتوقف على إجازته فإن أجاز يأخذ منه ويبرئ الغاصب كما لو وكله
في قبضه في الابتداء بخلاف ما إذا هلك المال في يده قبل الإجازة وإن لم يجز يأخذ
من الغاصب لأنه دفعه إلى غيره بغير إذنه فلا يبرأ عن الضمان وإن رجع
على الغاصب فله أن يرجع على القابض وأما في الغريم فلأنه صار بائعا ما في
ذمته بالمقبوض بغير إذن صاحب الدين فيتوقف على إجازته كما لو باع عين
ماله بغير إذنه فإن أجاز برئ الغريم لنفاذ البيع وإن لم يجز كان يضمن الغريم
لبقاء دينه عليه ورجع الغريم على الوصي وإن أجاز ولم يقبض من الوصي حتى هلك
المال في يده لم يكن على الغريم ولا على الوصي شيء لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن
في الابتداء ولو أذن له في الابتداء لا ضمان على أحد كذلك هنا وذكر الكرخي رحمه
الله في مختصره أن الإجازة هنا غير معتبرة لأن الإجازة إنما تعتبر إذا كان
تصرفه واقعا في ملك الغير والديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فكان تصرفه واقعا
في ملك المديون لا في مال الغائب فلا يتوقف على إجازته ولا يعمل فيه إجازته
كما لو أجاز بعد هلاك المقبوض في بيع وأعواضه ذلك أنه صار بائعا
في ذمته بالمقبوض فيتوقف على إجازته إنما لم يصح الإجازة بعد الهلاك
لأنه تمليك المال بعوض فأشبه البيع فيعمل فيه الإجازة عند قيامه
ولا يعمل بعد هلاكه كما في بيع الفضولي عنه في بعض النسخ أن قيام
المقبوض ليس بشرط لصحة الإجازة لأن تسليم تصرف في ملكه لنفسه فلا
يقف على الإجازة من هذا الوجه وإنما يقف في حق ما يقبل له وهو الدين
لأنه يصير كالمشتري لذلك بما يثبت له في ذمته وقيام ما هو المعقود عليه في الباب

وهو الدين وانه قائم فيصح الاجازة كما في بيع العين يشترط قيام المعقود عليه لانتقال الملك والصحيح انه يشترط قيام المقبوض لانه في حق المقبوض شرى بمقابلة وانه شرى لم ينفذ على العاقد لو وقعه شرى بدين على الغريم فلا يستقيم ثبوته على العاقد فيتوقف نفوذه وفي شرى المحجور مالا يتوقف في الطرفين شرط قيامهما ضرورة اعني الدين والمقبوض كما في بيع المقايضة واما في الوديعة فلا ضمان على الدافع لانه دفع بامر القاضي وله ان يحرر نقض الوصي لانه قضى له بغير اذنه فيتوقف على اجازته فان اجاز ثم هلك لا ضمان عليه وان هلك قبل الاجازة له ان يضمنه هذا اذا جاء صاحب المال حيا ولو تحقق موته واجاز وارثه ووجد الشهود عبيدا او المال هالكا فلا ضمان على الشهود لانه لو ظهر كذبهم بيقين بان جاء المشهود بموته حيا لا ضمان عليهم فهنا اولى ولا ضمان على الدافع اما في الوديعة فلانه لو جاء المشهود بموته حيا فهنا اولى واما الغاصب والغريم فلانهما دفعا بامر القاضي وقد صح امره بالدفع متى كان الوارث غائبا لان للقاضي ان ينصب وصيا يحفظ حقوق الميت اذا لم يكن له وصي وكان الوارث غائبا نظرا للميت والوارث فكان له ان يامر هذا بقبض المال واذا صح الامر بالدفع صار المدفوع اليه بامره بالدفع اليه بامر صاحب المال لان القاضي نائب صاحب المال شرعا بخلاف ما اذا جاء حيا لان الامر بالدفع لم يصح وله ان يضمن الوصي لانه ظهر انه قبض ماله بغير حق وان اخذ بغير امر القاضي لانهما اعتمدا في القبض امر القاضي بل اعتمد امر الميت وقد ظهر بطلان امره بظهور الشهود عبيدا فان قيل يجب ان لا يضمن الوصي لانه قبض بامر القاضي وامره قد صح ولهذا برئ الدافع قبل الغائب وصي القاضي من وجه لان له ولاية نصب الوصي وقد امر بالدفع اليه وليس بوصي له من حيث الحقيقة لانه لم ينصبه وصيا وانما امضى ما كان من الموصي فاذا ظهر انه لم يكن من الميت ايضا ظهر ان الايصاء لم يصح فيجب العمل بهما فمن حيث انه وصي القاضي برئ الدافع بالدفع لكونه مجبورا عليه فيعذر ومن حيث انه ليس بوصي حقيقة ضمن القابض لانه مختار فيه عملا بهما بقدر الامكان هذا اذا ادعى الايصاء اما اذا ادعى ان صاحب المال توفي وانه اخذه

وورثته لا يعلمون له وارثا غيره فيقضى له بالمال فيد الذي في يده المال او جحد لان الاخ يقوم مقام الميت في حق الخلافة كانه هو وهو لا ينتصبون خصما للمالك ولم يقوم مقام المالك كما ذكرنا في الوصي فلو قضى بذلك ثم جاء صاحب المال حيا وقد هلك المال في يد القابض وهو بالغصب كان له ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن الشاهدين وان شاء ضمن الاخ اما الغاصب فلان الضمان كان واجبا عليه فلا يبرأ الا بالابراء والرد الى المالك او الى نائبه ولم يوجد اما الابراء والرد الى المالك فظاهر واما الى نائبه فلان الاخ لم يكن نائبا عنه في المنقول لانه لم يوله ولا صار نائبا بامر القاضي لان امره اياه لم يصح ليس له ان ينصب وكيلا عن الحي الغائب المطلق بحقوقه واما الشاهدان فلانهما رجعا ظهر انهما نقلا ملك صاحب المال الى الاخ بغير حق ولو رجعا ضمنا وان كان في حق صاحب المال محتملا للصدق والكذب ضمنا اولى الا ترى انهما لو شهدا بالهبة وقضى بها ثم رجعا ضمنا واما الاخ فلانه قبض ماله لنفسه بغير حق فان اختار تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار وان شاء ضمن الشاهدين وان شاء ضمن الاخ ومتى اختار تضمين احدهما لا سبيل له بعد تضمين الاخر وانما تخير لانه باداء الضمان ملك المضمون والشهود سببوا الاتلاف والاخ قبض ماله حقيقة بغير امر المالك ولهذا لان الشاهد في حق الغاصب بمنزلة الغاصب لانهما ازالا المغصوب عن يد بشهادة باطلة والاخ بمنزلة غاصب الغاصب لان جناية الاخ واحد واخر عن جناية الشاهدين فكان الغاصب الاول بالخيار فان اختار تضمين الاخ لا يرجع على احد لان الغاصب الثاني لا يرجع على احد لانه ملك المضمون باداء الضمان ولم يتعد عليه احد وان اختار تضمين الشاهدين رجعا على الاخ لانهما بمنزلة الغاصب في حق الاخ لان جنايتهما متقدمة على جناية الاخ في الوديعة لا ضمان على المودع لما ذكرنا وهو بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين وان شاء ضمن الاخ لما ذكرنا وان كان عينا فلا ضمان لصاحب المال على الاخ ولا على الشاهدين ويضمن الغريم والغريم بالخيار ان شاء رجع على الشاهدين وان شاء رجع على الاخ اما الا تضمين الاخ فلانه لم يقبض ماله انما قبض

مال الغريم ودفعه إلى في ذمة المديون كما إذا زعم الشاهدان ان ما زال الاملاك
عن الدين وأما رجع الغريم فلأنه لم يدفع الدين إلى المالك ولا إلى وكيله وإذا ضمن
الغريم يخير إن شاء رجع على الشهود وإن شاء رجع على الأخ أما الأخ فلأنه
قبض ماله لنفسه بغير حق وبطلت الشهادة بمعنى لا يتهم فيه بخلاف الرجوع
وأما الشهود فلأنهم أزالوا المقبوض عن ملكه بشهادتهم الباطلة فإن
ضمن الشهود يرجعون على الأخ لأنهم ملكوا المضمون بأداء الضمان وما رضوا
بتملكه من قبلهم ولأنهم في حق الغريم بمنزلة الغاصب والأخ بمنزلة غاصب
الغاصب وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشهود لما قلنا ولو أتى حيًّا ولكن
أقام رجل البينة أنه ابن الميت فإن القاضي يقضي بذلك لأنه لا يناقض
القضاء الأول لأن القضاء الأول بالأخوة دون البنوة ولا تنافي بينهما وإذا قضى
بذلك وقد هلك في يد الأخ ليس له أن يضمن الدافع في الوجهين كليهما والغريم
بريء لأنه دفع المال إلى الأخ بأمر القاضي وقد صح أمره لأن له ولاية نصب
من يحفظ هذه الأموال في حال غيبة الوارث ولكن الابن بالخيار إن شاء ضمن
الشاهدين وإن شاء ضمن الأخ أما في الغصب والوديعة فلأنه وجد من كل
واحد منهما سبب الضمان أما من الشهود فنقل ملك الابن إلى الأخ بشهادتهم
بالميراث وقد ظهر أنه لا ميراث له فصار كأنهم أتلفوا الميراث على الابن
وأما من الأخ فلأنه قبض متملكًا لا حافظًا للغيبة فصار متعديًا في حقه
وأما في الدين ففرق بينه وبين ما إذا جاء المشهود بموته حيًّا فإنه لا يكون
له ولاية تضمين الشاهدين والأخ أما الفرق في الشهود وهو أنه إذا جاء
حيًّا فالشهود ما أزالوا ملكه عن الدين ولا فوتوا إمكان أخذ الدين وهنا
أزالوا ملكه عن الدين وفوتوا عليه إمكان الأخذ فإنه صار ممنوعًا عن
مطالبة المديون بسبب شهادتهم بالأخوة لما ذكرنا من صحة أمر القاضي بالدفع
أما الفرق في حق الأخ فما ذكرنا أيضًا أن أمر القاضي بالدفع لم يصح فلا
يصير الأخ قابضًا مال الغائب أما هنا صح الأمر بالدفع فصار قابضًا
مال الابن الشاهدين جعلا على الأخ وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشاهدين لما قلنا

بقيام أخوته أنه ابن الميت لكن إن أقام أنه ابن الميت لا ابنه وإنه يقضي فيه
بكونه لأنه ليس فيه مناقضة القضاء ولو قضى بذلك وقد هلك المال في يد
الأول فالضمان على الشاهدين ولا على الدافع ويضمن الأول نصف ما قبض
للثاني أما على الدافع فلما ذكرنا في الوجه الأول وأما على الشاهدين ففرق بين هذا
وبين الفصل الأول والفرق أن في الوجه الأول ظهر كذبهما فيما شهدا به لأنهما
شهدا أنه وارثه وقد ظهر أنه لم يكن وهنا لم يظهر كذبهما في الشهادة لأنهما
شهدا أنه أخوه ووارثه وأنا لا نعلم وارثًا غيره فيظهر كذبهما وأصحهما لأنه
لم يظهر أنهما كانا عالمين لأن قولهما لا نعلم ليس من نفس الشهادة إنما هو لإسقاط
اللوم عن القاضي الأمر أنهم لو لم يتلفظوا بهذه الزيادة يقضي القاضي
بغير اللوم وأما ضمان نصف المقبوض على القابض فلأنه قبض نصف المال
لنفسه بغير حق كان محمد رحمه الله ذكر المسائل إلى الآن ووضعها في إمكان الذي
قبله المال وإقراره وإقامة المدعي البينة على ما ادعى وقال بقبول البينة في
بعض المسائل وجعل ذا اليد خصمًا وبعدم القبول في بعضها ولم يجعل ذا اليد
خصمًا ثم عاد إلى المسائل فيما أقر ذو اليد بما ادعاه المدعي ولم يقم البينة وجوز
إقراره في بعض المسائل ولم يجوز في البعض جوزه فيما صار خصمًا للمدعي لو أنكر
ولم يجوز فيما لم يصر خصمًا لو أنكر وإنما كان كذلك لأن الذي قبله المال متى
انتصب خصمًا للمدعي كان الإقرار صادرًا من الخصم فيصح لأنه متى انتصب
خصمًا استحق المدعي الجواب عليه وجواب الخصم أن يكون بلا وتارة يكون
بنعم فيصح أما إذا لم ينتصب خصمًا لا يستحق جوابه فيخرج عن إقرار وإقرار أجنبي
آخر سواء وفيما تقدم وضع المسائل على ثلاثة أقسام وهو أن يكون الذي قبله
المال غاصبًا أو مودعًا أو غريمًا وفي الإقرار زاد وجهًا آخر وهو أن يكون
وصيًّا إذا ثبت هذا فنقول قال ـــــ رحمه الله رجل له على رجل ألف درهم
دين أو كانت الألف في يده غصبًا أو وديعة أو وصلت إليه من قبل أبيه أو وصي
بها البائع لما يذكر فجاء رجل وادعى أن صاحب المال توفي وأنه ابنه الألف التي قبل
هذا الرجل ولا ابن له وصدقه الذي قبله المال أنه وارث غائب أو لا يدري أن له

وارثا اولا لان القاضي لا يلتفت الي قول الذي في يده المال ولا يامره بدفع المال اليه
لانه ليس بخصم في حق ما يدعيه عليه الا ترى ان الامر في صحة اقرار على الميت
او الوارث وهو اجنبي عنهما الا ترى انه لو ادعى عينا في يد رجل بسبب صحيح من
جهة الغائب وصدقه ذو اليد لا يؤمر بالتسليم اليه وكذا لو ادعى انه وكيله
بقبض الوديعة وصدقه ذو اليد لا يؤمر بالتسليم اليه بخلاف ما اذا ادعى الوكالة
بقبض الدين وصدقه المديون فرق بين الوكالة بقبض العين والدين وقد بيناها هنا
لم يذكر ان مال المودع لا وارث لصاحب المال لانه كان رجلا نصرانيا اسلم
ولم يوال احدا ولا وارث له وصدقه ذو اليد في ذلك فان القاضي لا يعجل بالقضاء
للمدعي ولكنه يتلوم ويتانى في ذلك ان جاء مدعي او وارث والا قضى به للمدعي اما
صحة اقراره فلانه اصبح خصما للمدعي لما ادعى انه لا وارث للميت لما ذكرنا
ان الموصى له عند عدم الوارث بمنزلة الوارث الا ترى ان الذي في يده المال لو انكر
اصبح لما ذكرنا فصح اقراره واما التاني والتلوم فلصيانته وصيانة حق الغير
لجواز ان يظهر الامر بخلاف ما اقر وعلى القاضي صيانته وصيانة حق الغير ما
امكن الا ترى انه لو ادعى رجل انه ابنه وصدقه ذو اليد لا يدفع المال اليه
الا بعد التاني والتلوم ولم يذكر في الكتاب مدة التاني والتلوم وهو مفوض الى
راي القاضي يعني يتحرى انه لو كان له وارث يحضر في مثل هذه المدة لان ذلك
يختلف باختلاف حال الميت في الشهرة والخمول وباختلاف احوال ورثته في
الغيبة والحضور وذكر الطحاوي رحمه الله وقدر المدة بالحول لانه
حسن لابلاء العذر كما في اجل العنين ولـــــ شيخ الاسلام خواهر زاده
رحمه الله الاول قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره الطحاوي رحمه الله قولهما بناء على
اصله في حجر هذه المسائل الا ترى المفقود وقيل ان فيما اذا لم يترك وارثا
اصلا ولم يكن للعامة ولا يصح اقراره في حقهم كما لو خلف وارثا قلنا حقهم غير
معتبر لعموم التركة وحقوقهم من جهة المالية والتقوم في حق كل واحد منهم ولهذا
تصح وصيته بجميع المال بخلاف ما اذا خلف وارثا الا ترى انه يجوز شهادة العامة
بشيء من الغنيمة ولو شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة من بيت المال جازت

شهادتهما وتجوز شهادة المسلمين بطريق العامة وتجوز للقاضي به وبالغنيمة
وان كان له شركة فيها الا ترى ان واحدا من الجند لو اتلف شيئا من الغنيمة
بعدما احرزت بدار الاسلام يضمن جميع قيمته ولو قتل صبيا او امراة عمدا
يضمن جميع القيمة ولو وطئ جارية يجب جميع العقر الا انه لا يجب الحد
والقصاص لمكان الشبهة كما لو قتل عبدا من بيت المال لا يجب القصاص
لمكان الشبهة ويجب الضمان لان الشبهة لا تمنع وجوب الضمان فان قبضه
المدعي وهلك في يده ثم جاء صاحب المال حيا فهنا اربعة احوال لكل حال حكم
على حدة فيها اذا كان غصبا فصاحب المال بالخيار يضمن ايهما شاء فاي
ضمن القابض لا يرجع على الدافع وان ضمن الدافع يرجع على القابض
لما قلنا من قبل وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وديعة اجمعوا ان له
ولاية تضمين القابض لانه قبض ما له بغير حق وهل له ولاية تضمين
الدافع ان دفع بغير قضاء له ذلك بالاجماع وان دفع بقضاء عند محمد رحمه
الله كذلك وعند ابي يوسف رحمه الله ليس له تضمينه اصله ما ذكرنا
في الاقرار وفي المودع اذا اقر به لانسان ثم اقر به لغيره فالاول احق
بها فان دفعها بغير قضاء يضمن الثاني وان دفع بقضاء لم يضمن عند ابي
يوسف وعند محمد رحمه الله يضمن لمحمد رحمه الله ان المودع التزم الحفظ
بعقد الوديعة وبالاقرار دل الغير على الاخذ فصار تاركا لما التزم من
الحفظ والقاضي انما قضى له باقراره وانه سبب للضمان كالمودع اذا دل
سارقا على سرقة الوديعة او استهلاكها والمحرم اذا دل حلالا على قتل
صيد الحرم وكما لو دفع اليه بغير قضاء بخلاف ما اذا اقر لابن اخ ودفع
اليه النصف بقضاء ثم اقر باخ فانه يدفع اليه نصف ما في يده وهو
الربع ولا يضمن شيئا لانه لم يلتزم الحفظ كالاجنبي اذا دل سارقا
على مال الغير او الحلال اذا دل محرما على الصيد وكما لو غصب الرجل ثوب
انسان او العين في حجره فاقر به لانسان ودفع اليه بقضاء ثم اقر
به لغيره فانه لا يضمن كذلك هذا لابي يوسف رحمه الله انه لو ضمن

لا يخلوا اما ان يضمن بالاقرار او بالدفع لا وجه الي الاول لان مجرد الاقرار لا يزيل ملك صاحب المال والابن ولهذا لو هلك بعد الاقرار قبل الدفع لا يضمن ولان الاقرار على الغير لا يوجب الضمان ولا وجه الي الثاني لانه كان مكرها على الدفع من جهة القاضي قوله بانه دل الغير له على الاخذ لم نعم الا انه منعه من الاخذ واخذ على كره منه والمودع اذا امتنع من الاخذ بعد الدلالة لا يضمن والقضا انما يحتاج اليه على تقدير النزع فصار قضا فالك النزع لا الي الاقرار ولانه اخو الوصي قبضا واليه بخلاف وجوب الضمان على الشهود لان فعل القاضي ينتقل اليهم لانهم الجاوه الي القضا بخلاف الاقرار لان القضا فيه من باب الاعانة ولهذا يجوز القضا بعد غيبة المقر باقراره ولا يجوز بعد غيبة الشهود عليه وهذا لان الاقرار ليس بحق صاحب المال بخلاف الشهادة ولم يذكر قول ابي حنيفة رحمه الله وزعم اهل العراق رحمهم الله انه مع محمد رحمه الله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كان حيا فلصاحب المال ان يضمن القديم وليس له تضمين القابض لما قلنا من قبل ثم يرجع القديم على القابض وفي الوجه الرابع وهو الايصا فصورة المسالة اذا كان لرجل الف درهم دفعه الي رجل وجعله وصيا فيه ثم مات الموصي له من غايب ثم مات الوصي وله ابن فصار المال في يد ابنه فدفع الي هذا المدعي ثم جا صاحب المال حيا اراد به ابن الموصي او وارثه فنقول اذا جا صاحب المال حيا له ان يضمن القابض وليس له ان يضمن للذي قبله المال بالاجماع اما على قول ابي يوسف رحمه الله فلانه لو كان مودعا لا يضمن اذا دفع بقضا فهذا اولي واما على قول محمد رحمه الله فلانه انما يضمن عنده بالتضييع والتضييع انما يوجب الضمان في حال التزم حفظه لا في حال لم يلتزم وهو لم يحفظ لهذا المال الا للوصي ولا لابيه وانما وقع المال في يده بغير صنيعه فصار كالريح اذا القت به الريح او القته في حجره ثم لا يضمن بالاقرار فصار كولد المغصوب وولد الوديعة ولانه دفع بامر القاضي وقد صح امره بالدفع لان الوصي شرط الحفظ على ابيه وقد عجز ابوه عن الحفظ فكان يدفع الي القاضي وياخذ من القابض كفيلا

الا انه قال لان الدفع كان بالاقرار لا بالبينة وهو كالملتقط اذا دفع الي صاحبها بعلامة اللقطة او اقرار العبد بخلاف ما اذا ثبت بالبينة لما يذكر في كل موضع ثبت له حق الرجوع على القابض اخذ من الكفيل ايضا ان شا ثم يرجع الكفيل على المكفول عنه اذا كان بامره ولو مات صاحب المال حيا الا ان حضور وارث واقام البينة انه اخو الميت لابيه وامه وجحد الوصية فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها لان امر القاضي بالدفع اليه قد صح لما قلنا ويضمن القابض لانه قبض مال الغير لنفسه بغير حق ولو لم يقم البينة على الاخوة ولكن الذي في يده المال اقر انه اخوه لكن قال لا ادري اهو وارث ام لا لا يدفع اليه المال حتى يقول هو اخوه ووارثه ولا وارث له غيره لانه يجوز ان يكون غير وارث وان كان الذي قبله المال خصما للاخ حتى لو انكر اخوته فاقام المدعي البينة عليه تقبل لان الثابت باقرار الخصم لا يربوا على الثابت بالبينة ولو شهدوا ان هذا اخ الغايب ولم يشهدوا انه وارثه وكان المال في يد رجل فان القاضي لا ينزع المال من يده ولا يدفع اليه ما لم يشهدوا انه وارثه لا يعلم له وارث غيره على ما ذكرنا في الدعوى والشهادات فاذا ثبت بالاقرار كان اولي فان قال انه وارثه لا وارث له غيره فان القاضي يتاني ويتلوم في ذلك ثم يدفع المال اليه لان هذا اقرار حصل من الخصم والثابت باقرار الخصم كالثابت بالبينة ولو ثبت بالبينة دفع المال اليه بعد التاني والتلوم كذلك هنا فان دفع المال اليه ثم جا صاحب المال حيا او جا رجل اخر واقام انه ابنه ووارثه فهو بمنزلة ما ذكرنا في الوصي لم يرد الضمان فيما اذا جا صاحب المال حيا وعدم الضمان فيما اذا جا صاحب المال حيا وعدم الضمان فيما اذا جا صاحب المال حيا وعدم الضمان فيما اذا جا وارثه واقام البينة لان في الوجه الاول امر القاضي بالدفع اليه لم يصح وفي الوجه الثاني صح فصار القابض عزلة الوصي للقاضي كما ذكرنا غير ان الثاني ان كان اقرب من الاول باخذ جميع المال من الاول او من كفيله وان كان مثله ياخذ نصفه منه او من كفيله ثم يرجع الكفيل على الاول ان كان بامره ولو اقر الذي قبله المال

الرجل انه ابنه وان له ابنا اخر وقال الرجل ليس له ابن غيري يأبى القاضي ولا يأمر
بدفع المال اليه قبل الثاني لان الذي في يده المال لو اقر ان هذا ابنه وليس له ابن
اخر أبى القاضي صيانة لقضائه عن النقض فهذا اولى فان حضر وارث ولا دفع
المال اليه بكفيل ثقة اما الدفع فلانه حق المدعي قد ظهر وحق الغائب قد يظهر
وقد لا يظهر ولا يجوز تاخير حق قد ظهر لحق عسى يظهر وعسى لا يظهر والشرط
هنا ان يقول ابنه ووارثه وفي الاخ ما لم يقل انه اخوه ووارثه لا يأمر بدفع
المال اليه وان أبى والفرق ان الثابت بالاقرار كالثابت ولو ثبت بالبينة
ان المدعي ابنه ولم يشهدوا انه وارثه فان القاضي ينزع المال من يد ذي
اليد ويدفعه الى المدعي لانه يستحق كونه وارثا لان الابن بحال لا يكون
محجوبا بغيره بحال فلم يقع الشك في كونه وارثا الا انه قد يزاحمه مثله فاذا أتى
ولم يظهر له مزاحم يدفع المال اليه فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو ثبت بالبينة
انه اخوه ولم يشهدوا انه وارثه فالقاضي لا ينزع المال من يد ذي اليد ولا يدفع
اليه لانه لم يستحق كونه وارثا لانه قد يحجب بغيره فوقع الشك في كونه
مستحقا فلا يثبت الاستحقاق بالشك فكذا اذا ثبت بالاقرار بخلاف
ما لو اقر ان هذا ابن الميت ودفع القاضي المال اليه بعد ما اقر ثم قال لآخر
هذا ايضا ابن الميت وقال الاول لا ابن له غيري فانه لا يلتفت الى قوله لانه
شهادة على الاول بعد انقطاع يده عن المال فلا يصح وهذا لانه انما يقبل
قوله باعتبار قيام يده على المال لانه بسبب خاص يعم ولو ادعى انه ملكه
كان القول قوله فاذا اقر به لغيره صح بخلاف ما بعد التسليم الى الاول
واما اخذ الكفيل فنظر للغائب لجواز ان يكون للميت ابن اخر ووارث غيره
وقد يهلك المال في يد هذا المدعي وهو مفلس هكذا ذكر في الكتاب قيل
هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجبر
القاضي على اعطاء الكفيل واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله وجعلوا هذه
المسألة فرع مسألة ذكرها في الدعوى من المبسوط فقال اذا مات وترك
مالا فجاء رجل وادعى انه ابنه وشهد الشهود انه ابنه ولم يشهدوا انا لا

نعلم له وارثا غيره وان القاضي لم يظهر وارث اخر فعند ابي حنيفة رحمه
الله يدفع المال اليه من غير اخذ الكفيل وقال ـــــ محمد رحمه الله يأخذ الكفيل
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يعطيه ما لم يأخذ كفيلا ثقة فاذا كانت المسألة
على الاختلاف فيما اذا ثبت النسب بالبينة كان كذلك ايضا فيما اذا ثبت
بالاقرار دل على صحته ما ذكر في الجامع الصغير ميراث قسم بين الغرماء انه لا يؤخذ
منهم كفيل ولا من وارث وقال هذا شيء احتاط به القضاة وهو ظلم ولا يفصل
بينما اذا ثبت الوراثة بالبينة او بالاقرار وعندهما يأخذ الكفيل وانما يأخذ
عنه لانه اخذ الكفيل للمجهول وهذا المعنى يشمل الثابت بالبينة والثابت
بالاقرار ولا وجه ان يقال يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا وجه
ان يأخذ للميت لان حق الميت في تسليم ماله الى ورثته او غرمائه وقد
ثبت الحاضر وارثه وبعده فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل اذا لم
يجد كفيلا اذا كان عنده [illegible] وقال عامة العلماء رحمهم الله هذا قول الكل
وهو الاصح لوجهين احدهما ان محمدا رحمه الله لم يحك خلافا والثاني رحمه الله انه
علل في الاصل وقال لانه انما قبض على اقرار من الذي المال في يده ولم يستحقه
بينة وهذا التعليل انما يجيء على قول ابي حنيفة رحمه الله اما على قولهما الاقرار
والبينة سواء فعامة العلماء رحمهم الله فرقوا لابي حنيفة رحمه الله بينما اذا ثبت
الوراثة بالبينة وبينما اذا ثبت بالاقرار والفرق ان الثابت بالاقرار
دون الثابت بالبينة لان الاقرار حجة في حق المقر خاصة والبينة حجة
في حق الكل من الطرفين واذا كان دونه لم يجز التسوية بينهما اذ التسوية
بين الناقص والكامل لا يجوز فقلنا في الاقرار لا يعطى ما لم يأخذ كفيلا وفي
البينة يعطى من غير كفيل اظهارا لانحطاط رتبة الناقص عن رتبة الكامل
وهذا لان ظهور الحق بالبينة فوق ظهوره بالاقرار فلا يليق من القاضي
عند عدم الظهور بوصف الكمال التأخير عند الظهور بوصف الكمال
لزيادة الظلم ونقصانه وذكر في الزيادات اذا احال المديون رب دينه على
مديونه حوالة مطلقة عن تقييدها بما عليه من الدين فلم ينقض المحتال له حتى مات

المحيل وعليه ديون يوجد الدين من المحتال عليه ويقسم بين غرمائه لاحق للمحتال
في ذلك لانه صار عينا للمحتال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل لكن القاضي يأخذ
من كل واحد من الغرماء كفيلا بحصته لان الغرماء من احتمال هذا المال لان المحتال
عليه لو ادى المحتال له يستوجب الرجوع في تركة المحيل لان السبب وهو
قبول الحوالة كان في صحته فمن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او كفل بالدرك
ثم ذاب في مرض الكفيل او استحق المبيع بعد موت البائع فانه يشارك
غرماء البائع لوجوب السبب في حالة الصحة ولو مات المحتال عليه مفلسا
كان للمحتال له ان يشارك غرماء المحيل وقيل هذا قولهما اما على قوله لا يأخذ
منهم كفيلا بناء على ما ذكرنا من مسألة الدعوى والجامع الصغير والاصل ان
هذا قول الكل والعذر لابي حنيفة رحمه الله وهو ان في الميراث
للقاضي لم يسقط المزاحم بل هو موهوم ولهذا يقف الا انه مجهول جهالة
يسيرة اما هذا او ذاك والجهالة اليسيرة تحتمل في الحال وان قيل اذا علم القاضي
بالمزاحم ينبغي ان يعزل نصيب المزاحم ويقسم الباقي بين الغرماء والورثة كرجل
مات وعليه ديون واحد الغرماء غائب وعلم القاضي به فانه يعزل نصيب
الغائب ويقسم الباقي ولنا ان ثمة المستحق معلوم فجاز له ان ينصب عنه خصما
ويعزل حقه اما هنا فيه حق الغير معلوم والمستحق مجهول جهالة يسيرة فاستنا
حكما لهما وقلنا لا يعزل النصيب لمكان الجهالة ولاجل ان الجهالة يسيرة يسوغ
اخذ الكفيل وفي الميراث المستحق موهوم فلا يأخذ عملا بالدليل في كل فصل
بقدر الامكان ثم اذا دفع المال اليه بكفيل ثم جاء صاحب المال حيا فالجواب
ما ذكرنا في الوصية والاخ ولو تحقق موته وجاء وارث اخر لم يضمن
الذي كان قبله المال لانه دفع بامر القاضي وقد صح والضمان على القابض
وكفيله لان القابض اخذ المال لنفسه بغير حق والكفيل ضمن عنه عبد
ان الثاني ان اقام البينة على البنوة وانكر بنوة الاول ياخذ ابنه نسا جميع
المال لان بنوة الاول لما ثبتت بالبينة فلا يظهر في حق الثاني لانه ظهر انه اقرار
على الغير الا ان يقيم الاول البينة على النسب فحينئذ يرجع الثاني بنصف
المال على ابيهما نسا ولدي ان لم يقم البينة ولكن صدقه الثاني فان رجع على

٢٢٧

القابض لا يرجع هو على الكفيل وان رجع الكفيل يرجع هو على القابض ان
كفل بامره قال محمد رحمه الله وكذلك جميع ما وصفنا من اقرار الذي
قبله المال بالوصية والميراث للاخ فان القاضي اذا دفع المال فان القاضي
اذا دفع المال فان القاضي اذا دفع المال الى المقر له يأخذ كفيلا منه بجواز
ان يظهر الامر في الثاني بخلاف ما اقر فيأخذ كفيلا نظرا للغائب ولو لم يقر
صاحب اليد بشيء مما ذكرنا لكن ادعى رجل ان له على صاحب المال الف درهم
دين وانه مات وصدقه الذي قبله المال لم يلتفت الى ذلك ولا يأمر بدفع
المال الى المدعي في الفصول كلها حتى يحضر وارث له او وصي لانه اقرار
على الميت او على الوارث ولهذا لو لم يدع الدين على الميت لكن ادعى الوصية
بهذا المال وان الموصي قد مات وصدقه بذلك الذي قبله المال والمدعي يزعم
ان للميت وارثا غائبا او قال لا ادري اله وارث ام لا فان القاضي لا يلتفت
الى اقرار الذي قبله المال وان اقر للمدعي بعين ما في يده لان الذي قبله المال
يخصم للمدعي فيما يدعي من الوصية حتى لو انكر وصيته واقام المدعي
البينة عليه لا يسمع فهنا اولى ان لا يلتفت الى اقراره وهو لا يقر له بعين
ما في يده بالمال بل يقر بالدين في ذمة الميت وهو ليس بخصم عنه هذا اذا
زعم المدعي ان للميت وارثا غائبا او قال لا ادري اله وارث ام لا فان
ادعى الغريم انه كان من اهل الذمة ولم يوال احدا ومات ولم يدع وارثا
وصدقه الذي قبله المال في ذلك كله فان القاضي لا يعجل بالقضاء بل يتأنى
في ذلك فان لم يظهر له وارث جعل للميت وصيا يقبض المال من
الذي قبله ثم امر المدعي باقامة البينة على حقه فان اقامها قضى له
لانه لما تأنى زمانا ولم يظهر له وارث ولا وصي ظهر ان هذه تركة مهملة
ليس لها وارث ولا وصي فيكون وارثه عامة المسلمين وكان على القاضي ان
ينصب لها وصيا حتى يستوفي ما للميت على الناس ويوفي ما على الميت
للناس ويكون حضوره كحضور الوارث فيجعله خصما للذي يدعي عليه
الدين على الميت ومن هذا الجنس اذا ادعى ان الميت اوصى له بالمال

له بالمال الذي قبله او انه وارثه وزعم ان لا وارث له غيره وصدقه الذي
له المال دفع القاضي في ذلك وما احسن امر الذي قبله المال بدفع اليه ولا
ينصب وصيا ولا يكلف المدعي اقامة البينة على ما ادعى من الميراث
والوصية الدين ان في الوصية والميراث اقر ذو اليد للمدعي بعين ما في
يده لان الموصى له او الوارث يستحق عين التركة قضاء ويصير مقرا على نفسه
فاذا لم يظهر له وارث اخر امر بالدفع اليه وفي الدين لم يقر بعين ما في يده
لان حق الغريم ليس في عين التركة فلم يكن مقرا على نفسه بل اقر على
الميت وهو ليس بخصم عنه فلا يثبت ما اقر الا بالبينة واذا اقام البينة
على الموصي قضي له ودفع اليه لان البينة قامت على خصم قضاء الثابت
بالبينة كالثابت معاينة الا ترى انه لو علم القاضي بوارث غائب وادعى
رجل دينا على الميت فانه ينصب وصيا ويسمع البينة عليه ويقضي الدين
بخلاف ما لو ادعى الوصية او الارث فانه يدفع من غير نصب الوصي لان
حقه يتعلق بالعين وهو مقر له به فاذا لم يظهر مستحق اخر يدفع اليه
فان دفع اليه ثم جاء صاحب المال جاز رد القاضي ذلك القضاء لانه ظهر
انه اخطا في قضائه وان نصب الوصي كان باطلا لانه لا ولاية له في مال
الغائب الا فيما له فيه نظر وليس له ولاية قضاء بنفسه وان اخذ القابض
كان قائما فوجب رده ان كان قائما وان كان مستهلكا ففي الوجه الاول
وهو ما اذا كان المال في يده غصبا فهو بالخيار ان شاء ضمن الدافع وان
شاء ضمن القابض لما قلنا وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وديعة له ان
يضمن القابض وهل له ان يضمن القابض الدافع عند ابي يوسف رحمه الله لا
وعند محمد رحمه الله له ذلك لما قلنا وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كان دينا
فله ان يرجع بدينه على الغريم وليس له تضمين القابض وفي الوجه الرابع وهو
ما اذا وقع المال في يده من غير التزام الحفظ ولا ضمان عليه بالاجماع وانما
الضمان على القابض لما مر ولو تحقق موته وجاء وارثه وجحد الارث فالقضاء
ماض ولا يكلف المدعي اقامة البينة لان نصب القاضي الوصي عن

الميت حال غيبة الوارث كنصب الميت فصح القضاء والدفع اليه ولو اقام
البينة على وصي الميت ثم حضر الوارث فرق بين هذه المسألة وبين ما ذكر
قبل هذا وهو ما اذا ادعى انه وصي الميت وجحد الذي عليه المال واقام المدعي
البينة على ذلك فقضى القاضي بكونه وصيا وامر بدفع المال اليه وهلك
في يده ثم جاء الوارث وظهر ان الشهود عبيد ان للوارث تضمين الوصي فلم
يجعل وصي القاضي وصي الميت في تلك المسألة وجعله وصي الميت في هذه المسألة
والفرق ان هاهنا وصي القاضي في تركة الميت حقيقة ومعنى فانه نصبه وصيا
في تركة الميت وله هذه الولاية اذا كان الوارث غائبا او لم يكن للميت وصي ووصي
القاضي حقيقة ومعنى بمنزلة وصي الميت في حق الكل اما في تلك المسألة القابض
للمال وصي معنى لانه قبض المال بامر القاضي بعد موت صاحب المال ووصي القاضي
من يقبض المال بامر القاضي بعد موت صاحب المال اما ليس بوصي حقيقة فانه
لم ينصبه وصيا في تركة الميت فعملنا بها على ما مر ولو ادعى رجل ان صاحب
المال توفي واوصى اليه وصدقه الذي قبله المال فانهما لا يصدقان في شيء من
ذلك ولا يؤمر ذو اليد بدفع المال الى المدعي الا في الغريم خاصة فانه يصدق
ويؤمر بالدفع اليه وهو قول محمد رحمه الله اولا ثم رجع وقال لا يصدق ايضا ولا
يدفع اليه وهو قول ابي يوسف رحمه الله اما اذا كان المال عينا عند المقر لا
يصح اقراره لانه اقر انه وكيل صاحب المال بقبض ما عنده من الغصب او الوديعة
بعد موته فانه اقرار على الغائب وهو الوارث او الموصى له ان كان اوصى بهذا
المال العين فلا يصح اقراره كما لو ادعى انه وكله بقبض الوديعة من فلان
وصدقه المودع لا يلتفت اليه ولا يؤمر بالتسليم اليه كذلك هاهنا واما في الدين
فوجه قوله الاول ان الغريم اقر على نفسه بتسليم ماله اليه لان الموصي
وكل بقبض ما عليه من الدين بعد موته فصار كالوكيل ولو ادعى الوكالة
بقبض ما عليه من الدين في حال حياته وصدقه المديون يجبر على التسليم اليه
لانه اقرار على نفسه لانه يقضي الدين من خالص ماله بخلاف ما لو اقر بانه
وكيله بقبض الوديعة وجه قوله الاخر وهو انه ان كان اقرارا على

نفسه من الوجه الذي ذكرتم فهو اقرار على الغايب من وجه ودعوى لبراءة
نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وظهر ان الغايب كان قد
مات من قبل الدفع اليه لانه دفع بامر القاضي فقد صح امر القاضي حتى كان
سا او كان الوارث غايبا حتى جا الوارث وانكر وصايته لا يكون له ولاية اتباع
الغريم فيودي ذلك ان يبرا عن الدين بقوله من غير حجة ظاهرة فان كان يصح اقراره
من ذلك الوجه لا يصح من هذا الوجه بخلاف ما لو اقر بوكالته بقبض ما عليه من
الدين حال حيوته لان القضا يكون عليه خاصة لا على الموكل حتى لو حضر
وانكر الوكالة كان له ان ياخذ المال من الغريم وان دفع اليه بامر القاضي لانه لا
ولاية للقاضي في الحي فلا يكون قضا ببراءة الغريم فرق محمد رحمه الله على
قوله الاول بينما اذا ادعى انه اوصى له وبينما اذا ادعى انه اوصى اليه ففي الوجه
الاول لا يلتفت اليه ولا يومر بتسليم الدين اليه وان صدقه وفي الوجه الثاني
يومر لان في الوجه الاول يدعي التمليك على الميت وتصادقهما ليس بحجة في حق التمليك
على الميت والموصى له ليس بنايب عن الميت لانه لا يملك عليه حديثا اما ههنا
ادعى النيابة عن الميت ويقبض المال ليحفظه للميت والمديون خصم في حق
الميت فكذلك في حق نايبه ثم فرع على قوله الاول فقال اذا دفع المال الى الوصي
باقرار الغريم واقراره حجة في حق نفسه ليس بحجة على غيره كان هذا بمنزلة
ما لو اقر بوكالة رجل بقبض ما عليه من الدين حال الحيوة وامر بالدفع اليه فانه
يكون قضا على الغريم خاصة لا على الموكل كذلك ههنا ولا يوخذ منه كفيل
بخلاف ما تقدم لان الغريم لو اخذ منه الكفيل فاما ياخذ لنفسه او لصاحب
الدين ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا لا وجه الى الاول لان في زعمه انه وصي
وان المقبوض امانة في يده غير مضمون عليه الا ترى انه لو ادعى الوكالة
في حيوته وصدقه امر بالتسليم اليه ولا يوخذ منه كفيل بخلاف ما تقدم
لان ثمة اخذ المال بجهة التمليك فيكون مضمونا على القابض فجاز اخذ الكفيل
ولا وجه الى الثاني لانه ليس لصاحب المال ما دام حيا ولا لورثته بعد
وفاته تضمين الوصي القابض لانه لم يقبض بالحق فلا معنى لاخذ الكفيل

منه

منه ثم اذا دفع المال الى الوصي على قول الاول فالمسالة على وجهين اما ان جا
صاحب المال حيا او تحقق موته وجا وارثه ففي الوجه الاول ليس له ان يضمن
القابض وله ان يرجع على الغريم بدينه ثم الغريم يرجع على الوصي ان كان المال
قايما في يده فياخذه بعينه لما ذكرنا انه انما دفع ليسلم له ما في ذمته ولم يسلم
الا ترى انه لو دفع الدين الى الوكيل في حال حيوته ثم جا صاحب المال وانكر الوكالة
واخذ الدين منه كان له ان يرجع على الوكيل ان كان قايما في يده كذلك ههنا وان
كان المال هلك في يد الوصي ليس له ان يضمنه فرق بين هذا وبينما اذا ادعى الوكالة
حال حيوة صاحب الدين وصدقه الغريم ودفع اليه وهلك في يد الوكيل ثم حضر
صاحب الدين وانكر الوكالة ورجع على الغريم بدينه فانه لا يرجع الغريم
على الوكيل والفرق ان في الوكالة زعم ان الوكيل اخذ المال بحق الا ان صاحب
المال ظلمه حيث انكر الوكالة فليس له ان يظلم غيره وههنا لا يزعم انه اخذ بغير
حق وان اقر انه وصي لان الوصي ليس له ولاية القبض في حال حيوة الموصي لان
الغريم في الموضعين اقر ان ما قبضه القابض قبضه بحق صاحب المال وانه
لا ضمان عليه متى هلك في يده الا انه في مسالة الايصا صار مكذبا حقيقة
لانه انما يصير وصيا يقبض حقوقه بعد موته فاذا جا حيا ظهر
بطلان تصديقه فبقي قبضه بغير حق فصار وجود اقراره وعدمه بمنزلة
ويكون التكذيب الحقيقي للغريم في اقراره بمنزلة تكذيب المقر له او التكذيب
الحكمي بل اقوى منه وفي مسالة الوكيل الغريم لم يصر مكذبا في اقراره لمجي الموكل
وانكاره لا حقيقة ولا حكما في حق الغريم فبقي اقراره فبقي العمل به في حقه
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جا وارثه وانكر وصايته فهذا على وجهين
اما ان دفع الغريم المال الى المدعي بعد ما صدقه في دعواه بغير قضا او بقضا
بان امر بدفع المال اليه ففي الوجه الاول لم يكن له ان يضمن القابض وله
ان يرجع على الغريم بدينه اما لا يضمن القابض لانه لم يقبض حقه انما
قبض مال المديون واما يرجع على الغريم لانه دفع الدين اليه ورجع الدين
على القابض ان كان قايما في يده وان كان هالكا ليس له تضمينه لانه اقر

انه وصي الميت وان المقبوض كان امانة في يده ولم يكذبه الخليفة في هذا الاقرار
لجواز ان يكون الوارث مبطلا في الانكار وفي الوجه الثاني وهو ما اذا دفع
بقضا لم يكن للوارث تضمين الغريم ولا تضمين القابض لان الغريم دفع الدين
بامر القاضي وقد صح امر القاضي الغريم بالدفع اليه فلا رجوع عليه والقابض
لم يقبض لنفسه وقبض بامر القاضي وهذا له تفريع على قوله الاول ولو ان الذي
قبله المال لم يقر بشي مما ذكرنا ولكنه قال للقاضي هذا المال لرجل مات ولم يدع وارثا
فان القاضي يتانى في ذلك ولا يعجل لجواز ان يظهر الامر بخلاف ما اقر فيحتاج الى
التفحص عنه واخذ منه كفيلا بنفسه على قدر ما يرى نظرا لجماعة المسلمين
لان هذا المال يعرض ان يصير لجماعة المسلمين فلو لم ياخذ منه كفيلا بنفسه
وربما يغيب فلا يصل جماعة الى حقوقهم فاذا مضت مدة التانى ولم يحضر
وارث او موصى له اخذ المال منه وجعله في بيت المال لانه مال ميت لا وارث له ولا
موصى له فيكون لجماعة المسلمين فهو القاضي فلو قسمه بين جماعة المسلمين
ثم جا صاحب المال حيا في الوجه الاول وهو ما اذا كان غصبا فهو بالخيار
ان شا ضمن الغاصب وان شا اخذ من بيت المال وان رجع في بيت المال لا رجوع
لبيت المال على احد غير الغاصب وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان
وديعة له ان ياخذ مثله من بيت المال وهل له ان يضمن المودع فعلى الخلاف
الذي ذكرنا وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كان دينا ليس له ان ياخذ من بيت
المال لكن يرجع على الغريم بدينه ثم يرجع الغريم بما عليه في بيت المال وفي
الوجه الرابع وهو ما اذا كان المال وصل اليه من قبل ابنه له ان ياخذ
من بيت المال وليس له ان يضمن الدافع وصار الجواب في هذه المسئلة في
الفصول كلها كالجواب فيما اذا اقر ذو اليد بان هذا اخو الميت ووارثه
لا وارث له غيره ودفع القاضي المال اليه بعدما تانى ثم جا صاحب
المال حيا على ما ذكرنا ولو لم يخف موته وجا وارثه وهو معروف واقام
البينة ليس له ان يضمن الدافع ويرجع في بيت المال بما دفع لو اقر الذي
قبله المال ان صاحب المال مات وان لهذا الرجل عليه الف درهم دين

سأله القاضي اترك وارثا ام لا فان قال نعم ولا خصومة بينهما فان الخصم
هو الوصي والوارث في دعوى الدين على الميت وان قال لا سأل القاضي في
ذلك فان لم يظهر وارث او وصي او موصى له جعل للميت وصيا ويقول لمدعي
الدين اقم البينة عليه لان الخصم في مثل هذه الصورة عامة المسلمين
فينصب عنهم خصما فان اثبت المال عليه والا نصبه في بيت المال فلو فعل
ذلك ثم جا صاحبه حيا او وارثه فهو على ما ذكرنا وكذا لو حضر موصى له
بجميع المال لانه بمنزلة الوارث عند عدمه مقدم على بيت المال فصار حضوره
كحضور الوارث وعند الشافعي رحمه الله محل الوصية الثلث سوا كان له
وارث او لم يكن لان وارث من لا وارث له جماعة المسلمين وكما لا يملك ابطال
حق الورثة بالوصية بجميع المال لا يملك ابطال حق جماعة المسلمين بالوصية
ولهذا قال مجهول النسب اذا عقد الموالاة لا يصح ولا يستحق به الميراث
لان اسباب الارث معلومة شرعا وعقد الموالاة ليس من تلك الاسباب
ونصب الاسباب واراد الثابت من لا وارث له ولنا ان [illegible]
الوصية بجميع ماله نجل جايز لكون المحل خالصا له وهو الحاسب وانما المانع
حق الوارث ولهذا لو اجاز صح فاذا انعدم الوارث انعدم المانع فيجوز كما
يجوز بعتقه ولو انا ابطلنا وصيته يوضع في بيت المال ويصرف الى
المسلمين والموصى له من جملة المسلمين لو خصه الامام بذلك يصح تخصيصه
فاذا خصه صاحب المال وهو متصرف بحكم الملك كان اولى وهذا لان
خلافة المورث في ملكه انما كان على سبيل النظر لماله كان لا الظاهر ان
لا انه لا يوثر انه على الاجانب في نقض الخلافة ولهذا انعدم الاقرب
على الابعد لانه لا يوثر الاقرب على الابعد عادة فما دام احد هنالك
من قرابته فقد وجد النظر من الشرع له موقع الاستغنا عن نظره لنفسه
واذا لم يكن هنالك احد من القرابة وقعت الحاجة الى نظره لنفسه فاذا
فعل ذلك بالوصية او بعقد الموالاة كان ذلك منه تصرفا في خالص
حقه على سبيل النظر منه لنفسه فيكون صحيحا بمنزلة الوصية بثلث

ماله الا ترى ان قبل هذا النظر منه لنفسه في حال حيوته صحيح فيملكه المال منه
بعوض او بغير عوض فكذلك في اثبات الخلافة لغيره بعد موته وحاصل هذا في الموالاة
يرجع الى عدم الدليل في اثبات نقل الخلافة بطريق العقد قصدًا مشروع بالاتفاق
نحو النكاح فكانه يقول لم يقم الدليل على ان بعقد الموالاة تثبت الوراثة ونحن
نقول يجعل هذا العقد في مقام ورد الشرع به من الاسباب لاثبات الخلافة
وكذلك في الوصية بجميع المال للدليل الذي قلنا والله اعلم بالصواب

باب من الوصايا ايضا

اصل الباب ان الموصي اذا كان له ثلث مال حقيقة او اعتبارا بان لم يكن عليه
دين يصح وصيته وان لم يكن له ثلث بان كان الدين مستغرقا للتركة لا تصح الا باجازة
الغرماء لان محل الوصية الثلث ففي الوجه الاول صادفت خالص حق الموصي فصحت
ونفذت وفي الوجه الثاني صادفت حق الغير فلا تصح الا باجازة ذلك الغير
وبيان مصادفته حق الغير تقدم الدين على الوصية لحديث علي رضي الله عنه انكم
تقرؤن الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدا بالدين
قبل الوصية وقيل لابن عباس رضي الله عنهما انك تامر بالعمرة قبل الحج وقد بدا
الله بالحج فقال جل وعلا واتموا الحج والعمرة لله فقال كيف تقرؤن اية الدين
فقالوا من بعد وصية يوصي بها او دين فقال فبماذا تبدؤن قالوا بالدين قال
هو ذاك ومعناه ان في الاية تقديما وتاخيرا والمعنى فيه ان قضاء الدين من
اصول حوائجه فانه يدفعه بها عن نفسه ويخلص من النار لقوله عليه السلام
الدين حائل بينه وبين الجنة ولهذا قال عليه السلام هل على صاحبكم دين وتنفيذ
الوصية ليس من اصول حوائجه وحاجته تقدم كما في الكفن ثم قضاء
الدين مستحق عليه والوصية غير مستحقة عليه وصاحب الدين ليس
يملكه ما اخذ منه ابتدا ولكنه في الحكم ياخذه لانه بمنزلة الوديعة
او العارية ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه والموصى له يملك
ابتدا بطريق التبرع وروي ان رجلا اعتق عبدا في مرضه وعليه دين
فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما فعل ذلك لتقدم الدين

علي

على الوصية ولهذا قلنا ان الدين المستغرق يمنع تملك الوارث وكذا الدين
القليل في قول ابي حنيفة رحمه الله فكانت الوصية بالثلث او بدونه بمنزلة
الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الدين في حق التوقف على الاجازة والوصية
في محلها تقدمه على الميراث حتى لا يعتبر ذلك من التركة لان الله تعالى اخر
الميراث عن الدين والوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والمراد الوصية بقدر الثلث فيكون محلها الثلث لقوله عليه السلام ان الله
تصدق عليكم بثلث اموالكم ولحديث سعد رضي الله عنه ولان تنفيذ الوصية
من حوائج الميت ايضا فاما ما زاد على الثلث تقدم الميراث عليها لان حق الورثة
يتعلق بذلك في مرضه فلا تنفذ الا باجازتهم وانما تعتبر الاجازة بعد الموت
لا قبله لان العقد ينعقد عند الموت ولهذا تعتبر القبول بعد الموت ولهذا
تصح الوصية ممن لا يملك شيا عند العقد ويستفيد ثلث ماله عند الموت فاذا
مات دخل ما زاد على الثلث في ملك الورثة دخولا مراعا فان اجازوا خرج من
ملكهم وعاد الى حكم ملك الميت فاستحقه الموصى له من ملكه وان ردوا تقرر
ملكهم لان الموت يوجب زوال الملك وانتقال التركة الى الوارث الا ان يكون
هناك حق متعلق بها والوصية بما زاد على الثلث ليس بلازم فلا يمنع الانتقال
فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري عندهما ان المبيع يدخل في ملك
المشتري دخولا مراعا حتى ان فسخ عاد الى ملك البائع وان اجاز استقر ملكه
الا اذا كانت الوصية بشي لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه كالعتق ان
اعتق عبدا له في مرضه فانه لا يرد لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض
استسعى العبد في قيمته ان كان عليه دين او فيما زاد على الثلث ان
لم يكن عليه دين لحق الورثة ليكون ردا من حيث المعنى حتى لو كانت
الوصية بالاعتاق يرد كسائر الوصايا وحرف اخر ان التحول
في مجلس القاضي حجة بجواز القضاء بينة الا في اشيا مخصوصة عند ابي حنيفة
رحمه الله بناء على ما ذكرنا ان عتق بدل فيه شبهة الاقرار وعندهما اقرار
فيه شبهة البدل وحرف آخر ان حكم الحكم في حق العلم بمنزلة قضا

فقضا القاضي المولى في حق غيرهما الصلح لان ولايته عليهما انما تثبت بتراضيهما
ولهما ولاية على انفسهما لا على غيرهما فمن حيث انه حاكم في حقهما يشترط فيه
الاهلية للحكومة والشهادة حتى ينفذ حكمه عليهما حتى لو حكما محدودا في
قذف او اعمى او صبيا او امة في صاحب او كافرا بحكم لا يجوز حكمه ومن حيث
انه ليس بحاكم في حق غيرهما جعل بمنزلة الصلح حتى لو ترافعا الى القاضي بعد ما حكم
فان وافق رايه امضاه وان خالف ابطله وان كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء رحمهم
الله فقال ابن ابي ليلى رحمه الله حكم الحكم بينهما في المجتهدات نافذ ولا يبطله القاضي
الا ان يكون مخالفا لنص او اجماع فيما بينهما صار كالحاكم المولى ولهذا يلزمهما حكمه
ولا يملك احدهما الرجوع عنه وحكم الحاكم في المجتهدات نافذ ولا يبطله قاض
اخر فكذلك حكمه ولان لهذا الحكم لو اراد ان يبطل حكم نفسه في المجتهدات
لم يكن له ذلك فكذلك لا يكون للقاضي ان يبطله لكنا نقول ثبت هذا الحكم باتفاق
الخصمين فيكون بمنزلة اصطلاحهما على شي بالتراضي ولو اصطلحا في المجتهدات على شي
ثم رفع الى القاضي كان له راي في نقضه وابطاله فهذا مثله لان ولايته على انفسهما
لا غيرهما وقد كان للقاضي راي في هذه الحادثة لو ترافعا اليه قبل حكم الحكم
بينهما فلا يبطل رايه بحكم الحكم ولانه للحكم على المجتهد في هذه الحادثة في
تقدم قول البعض انما ولايته على نفسه وعلى الخصمين فلا يصير المجتهد فيه
بحكمه كالمتفق عليه بخلاف القاضي المولى لان له ولاية على الناس كافة لان
تقليده بتقليد الخليفة وولايته على الناس وانما يمضيه اذا وافق رايه لا لان حكمه
يلزم القاضي شيا ولكن لانه لو نقضه احتاج الى اعادة مثله فيكون اشتغالا
بما لا يفيد وانما لم ينقض الحكم بنفسه لزوال الولاية حين حكم بينهما وحرف
اخر ان الموصى انما يتصرف بحكم الامر كالوكيل فاذا خالف لا ينفذ تصرفه
والوارث قائم مقام المورث في التصرف فكل ما صح من المورث يصح من الوارث
وحرف اخر ان جهالة الموصى له او الموصى به اذا كانت مستدركة لا تمنع صحة
الوصية لان اثر الجهالة ليس الا التعليق بشرط البيان في المعين والوصية
نفسها تعلقت بالموت وهذا لان الجهالة لا تربو على العدم وعدم الموصى له

او الموصي

او الموصى به لا يمنع صحة الوصية فالجهالة اولى الا اذا كانت فاحشة واحتمل
العرض والعضو وجنسه لا يصح اذا عرفنا هذا فلنا [illegible] محمد رحمه الله
رجل مات وترك امته اعبدا قيمة كل واحد منهم الف لا مال له غيرهم وترك ابنا واحدا لا
وارث له غيره فادعى احدهم ان الميت اعتقه في مرضه فجحد الابن ذلك ورافعه الى
القاضي ولا بينة للعبد استحلف الوارث بالله ما تعلم ان اباك اعتقه في مرض موته
كما قال لان الاستحلاف مشروع عند عدم البينة كما قال عليه السلام للحضرمي الك
بينة فقال لا فقال اذا لك يمينه وذكر انه يستحلفه القاضي من غير التماس العبد
او بعد التماسه بعضهم قالوا بعد التماسه كما في سائر الدعاوى حتى لا يؤدي
الى تلقين الخصومة وقال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله انه يحلفه من غير
التماسه لان في العتق حق الشرع فجاز ان يكون القاضي خصما بنفسه من هذا
الوجه فهكذا ذكر هنا وذكر هو في باب المسائل من الزيادات اذا ادعى العبد حلف
والاصل على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحلف من غير دعوى فما اختار
هنا قولهما وقد ذكرنا المسالة في الدعوى فان حلفه فنكل يعتق بعتقه بغير سعاية
اما العتق فلما ذكرنا ان النكول في كونه دالا على صدق المدعي مثل البينة
في الاموال واما بغير سعاية فلانه وان كان وصية لانه يخرج من الثلث الا ترى ان الوارث
لو اقر ان الميت اعتقه في مرض موته يعتق بغير سعاية لان الوصية صادفت
محلها وهو الثلث فصحت ونفذت فاذا لم ينقضها كان اولى فان قضى بعتقه
ثم ادعى عبدا اخر مثل ذلك واستحلفه القاضي فنكل فان القاضي يجعله
حرا ويقضي عليه بالسعاية وكذلك ان ادعى الثالث مثل ذلك عند القاضي ونكل
الوارث وان صار كالمقر للثاني والثالث بالعتق اولا بالاول بطريق الوصية
لكن فيما زاد على الثلث وحكم العتق بطريق الوصية فيما زاد على الثلث
هذا وهذا لان الثلث صار مصروفا الى الاول بقضاء القاضي على وجه [illegible]
فصار الاقرار للثاني والثالث واقعا في غير محل الثلث فصح لانه حين قضى القاضي
للثاني والثالث لم يكن للميت ثلث لا حقيقة ولا اعتبارا لان الثلث صار مثلا الى
الاول بقضاء القاضي فلم يصر الوارث ضامنا لذلك في حق الثاني والثالث

حتى يصير القائم اعتبارا احضار كما لو اعتق في مرضه وعليه دين مستغرق
وصار كما لو ادعى رجل الوصية بالثلث ودفع اليه بقضاء ثم ادعى اخر واقر له لا
يستحق شيئا لان الثلث صار مستحقا للاول وهذا لان صحة الاول لا عتق صحة الثاني
الا ان الاول ترجح بالقضاء وانصرف الثلث اليه فلم يبق للثاني وصية الا ان العتق
لا يحتمل الرد فيسعى في قيمته بخلاف ما لو اقام الثاني البينة فانه يزاحم الاول
الى الثلث لان البينة حجة مطلقة والاول لحق بالحجة المطلقة عند اتصال القضاء بها فصار
سوا في الاستحقاق وظهر ان القاضي اخطا في صرف كل الثلث الى الاول فيسترد منه
كما في الوصية بثلث المال اما هنا لم يوجد ما هو ملحق بالحجة المطلقة في حق الثاني
فلا يصح مزاحمته للاول وعرف من هذه المسئلة ومما ذكرنا في الاقرار ان الوارث
اذا اقر بعتقهم على التعاقب بكلام مفصول فانه يعتق كل الاول من
غير سعاية ويعتق الثاني ويسعى في نصف قيمته والثالث يعتق بغير سعاية
ويسعى في ثلثي قيمته لانه حين اقر بعتق الاول لا مزاحم له وهو يخرج من ثلث
ماله فيعتق من غير سعاية فلما اقر للثاني فقد اقر ان الثلث بين الاول والثاني
واقر انه استهلك على الثاني نصف الثلث فصار ضامنا لان الثلث صار مسلما
للاول بغير قضاء فصار نصف العبد الاول ثابتا الى حق فكان قائما اعتبارا فاقر
للثاني صار في كلامه معينا انه اقر للثاني بالنصف ورجوع عن النصف فصح الاقرار
ولم يصح الرجوع فاذا اقر للثالث فقد زعم ان الثلث بينهم اثلاثا وانه استهلك
ثلثي الاول باقراره الاول وثلث الثاني فصار ثلثا الاول وثلث الثاني قائما اعتبارا
فيعتق من ثلث المال ثلث الثالث فعلى هذا القياس يجب ان يكون النكول اما اذا
كان النكول بمنزلة الاقرار فظاهر وان كان بمنزلة البذل فهو اولى لانه ادون
من الاقرار والفرق ان الاقرار حجة فاصرة تظهر في حق المقر فجاز ان
لا يعتبر في حق الثاني بخلاف القضاء بناء على النكول لانه قضاء مطلق فلا يمكن ان
يجعل عدما في حق الثاني الا ترى ان المشتري لو رد المبيع على الوكيل بالبيع بالعيب
بنكوله كان ردا على الموكل وان رد باقراره لا يكون ردا على الموكل وان كان
بقضاء لكن له ان يخاصم الموكل فيرد عليه وهذا لان النكول وان كان بمنزلة الاقرار

لكن

لكن بمنزلة اقرار حصل بعد الدفع بقضاء القاضي لان النكول لا يصير حجة من غير
قضاء الا ترى انه قبل القضاء لو قال الناكل انا احلف فانه يترك وذلك بعد
القضاء بالنكول لو قال انا احلف لا يترك وذلك بخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه
فيعتق بنفس الاقرار وصار الثلث مسلما اليه الا ان تسليمه لا يظهر في حق
غيره فيصير ضامنا وبالنكول لا يعتق بل الرق قائم بعد ما لم يقض القاضي
تسليم الثلث الى الاول فلم يصير الوارث ضامنا فاذا اقر للثاني بعد اقراره لم يبق
للميت ثلث لا حقيقة ولا اعتبارا اما حقيقة فلا شك واما اعتبارا فلانه لم يصر
ضامنا بخلاف الاقرار وبخلاف ما لو قضي بالبينة على التعاقب لانها حجة مطلقة
فظهر الخطا في صرف كل الثلث الى الاول فيسترده منه ثم يسمع الدعوى والبينة
من العبد الثاني وان قضى بصرف الوصية الى الاول لانه لا تنافي بين وجودها
حقيقة وبقاء حق الثاني تقديرا وهو استحقاق العتق وان كان يسعى كما لو ادعى
العتق في المرض والتركة مشغولة بالدين لو اقر الابن بعتق الاول وشهد
الشهود بعتق اخر وان الذي اقر الوارث له يسعى في قيمته لانه اجتمع الاقرار
والشهادة فالقضاء بالشهادة اولى لانها حجة مطلقة في حق الناس كافة والاقرار
حجة قاصرة فيجوز عليه لا على غيره الا ان الوارث يزعم ان المقر له حر والعتق
لا يحتمل النقض فيسعى في قيمته لان الثلث استحقه المشهود له ولو لم يرفع
العبد الاول الوارث الى القاضي لكنه مع الوارث حكما رجلا يحكم بينهما فخاصمه
العبد عند الحكم واستحلفه فنكل فقضى بعتقه بغير سعاية فان حضر عبد اخر بعد ذلك
فخاصمه الى حكم رضيا به فنكل فقضى بعتقه بغير سعاية ايضا وكذلك ان
خاصمه الثالث ورضيا بحكم فنكل فقضى بعتقه بغير سعاية بدون فرق
الحاكم والحكم وبين القاضي والفرق ان قضاء القاضي كما ينفذ في حق الخصمين
ينفذ على غيرهما من الناس ممن يتصل به ضرر القضاء فحين قضي للاول بالوصية
بعد قضاء في حق الثاني والثالث فصار الثلث مسلما الى الاول في حق الثاني
والثالث فلم يبق للميت في حق الثاني والثالث ثلث لا حقيقة ولا اعتبارا اما
حكم الحكم فينفذ فيما بين الخصمين ولا ينفذ على غيرهما ممن يتصل به ضرر

القضا لان الرضي بحكمه وحدنيها لامر غيرها فاذا حكم للاول لم ينفذ في حق
الثاني والثالث فلم يسلم للاول الثلث بالوصية في حق الثاني بل انما يسلم
باقرار الوارث من جهة الوارث لا من جهة الميت على سبيل الوصية وما عتق
من جهة الوارث والعتق استهلاك كان بمنزلة التابر بين حكما واعتبارا
فاذا قضى بالعتق للثاني والثالث قضى وللميت ثلث مال من حيث الحكم والاعتبار
فصار كان الاول غيرا او اعتقه الوارث فان قيل قضا القاضي انما
ينفذ على الخصم الحاضر لا على الغايب والعبدان الباقيان غايبان فينبغي ان
لا ينفذ القضا في حقهما كما لا ينفذ حكم الحاكم قيل له بان الميت صار
مقضيا عليه فصار عتق الثاني والثالث باقرار الوارث وهذا لان القضا وقع
على خصم حاضر وهو الوارث بطريق الاصالة او النيابة عن الموروث الا ان
امر يتعدى الى الغايب وهو العبد الثاني والثالث انه جايز كما لو رد المبيع
على البايع بعيب بقضا يتعدى برا القضا الى بايعه حتى يرد عليه وكذا
الاستحقاق وغيره فان قيل اذا كان العتق في هذه الصورة باقرار الوارث
يجب ان يعتق الاول كله بغير سعاية والثاني نصفه والثالث ثلثه كما لو اقر
به عضا على التعاقب قيل له النكول في حق الحاكم المحلف بمنزلة اقرار
سبقه الجحود لانه جحد او لا ثم نكل ولو جحد الولد عتق الاول او لا وقال
ما اعتقه الميت ثم قال بعد ذلك اعتقه الميت وادعى الثاني عتقه فجحد
الوارث ثم اقر بالثالث كلهم عتقوا من غير سعاية لان الثاني يقول للوارث
لما جحد الوصية للاول فقد زعمت ان الميت لم يوص له بشي فاذا اقررت
له بالوصية فاقرارك له بالوصية صحيح في حقك لا في حق عتق الاول
من جهة الوارث لا من جهة الميت فكان قاسما عني واذا ثبت ان الحكم في الاقرار
الذي سبقه الجحود هكذا فكذلك في النكول الذي سبقه الجحود الا ترى انه لو
قال اعتق هذا ابي في مرضه ثم قال بعد ذلك لا بل هذا ثم قال لا بل هذا
فانهم يعتقون جميعا من غير سعاية لانه لما اقر للاول عتق من غير
سعاية لانه يخرج من الثلث وقوله لا بل هذا رجوع عن الاول اقرار للثاني

فلم يصح رجوعه عن الاول وجاز اقراره للثاني وصار عتق الاول مضمونا عليه
في حق الثاني لصيرورته مستهلكا فيعتق الثاني بغير سعاية وكذلك الثالث
فاذا كان الحكم هكذا من غير نكول فبعد سبقه اولى الا ترى انه لو ترك
ثلثة الاف درهم واقر الابن انه اوصى لهذا بالف درهم ودفع اليه ثم قال
لا بل اوصى لهذا ولم يوص للاول فعليه ان يدفع الثلث اخرى الى الثاني
ولا يبقى من الاول شيا ثم اذا قال الثالث بل اوصى لهذا الاخر ولم يوص
للثاني شيا فعليه ان يدفع الثلث الى الثالث ولا يبقى للابن شي والحاصل ان
المسئلة على اربعة اوجه اما ان يخاصموا الى الحكم او الى القاضي او خاصمه الاول
الى القاضي والثاني والثالث الى الحكم وخاصمه الاول الى الحكم والثاني والثالث
الى القاضي فان خاصموا جميعا الى الحكم حكم بعتقهم بغير سعاية لخروج كل
واحد من الثلث على الانفراد وان خاصموا الى القاضي يقضي بعتق الاول
بسعايه ويعتق الثاني والثالث بالسعاية ولو كان الاول خاصمه الى الحكم
فنكل وحكم بعتقه بغير سعاية ثم خاصمه اخر الى القاضي فنكل فقضى
بعتقه بغير سعايه لان حين قضى القاضي للثاني قضى وللميت ثلث مال
لان ما عتق بحكم الحكم عتق من جهة الوارث فكان الثاني في يده حكما وفي
يد العبد الثالث فكان في يد الوارث ثلثا المال فيكون الثاني ثلث المال
فيعتق من غير سعاية وكذا لو خاصمه الثالث يعتق ولا سعاية عليه هكذا
ذكر محمد رحمه الله في الكتاب قال الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله شرح في الجامع
الذي املاه قوله ولا سعاية عليه وغلط وقع من الكاتب بل يعتق وعليه
السعاية لان القاضي حين قضى بالعتق للثالث قضى وليس للميت ثلث
مال لا حقيقة ولا اعتبارا لان الثلث صار مستهلكا الى الثاني بقضا القاضي
فيجب ان يعتق الثالث وعليه السعاية كما في مسئلة اول الباب فيقبل ما ذكر
في الكتاب صحيح ومعناه ان يدعي العبد الثالث مكان الثاني ولم يدع الثاني
او كان الثاني ادعى عند الحكم ايضا وحكم بعتقه فيقضي القاضي بعتق
الثالث بغير سعايه لانه لم يثبت الاحرية واصل بحكم الحاكم او من جنسه

الحكم وذلك لا يظهر في حق القاضي الثالث ولو خاصمه الاول الى القاضي وبطل فاعتقه
بغير سعاية ثم خاصمه الثاني الى الحكم رضيا به فنطل فانه يحكم بعتقه ويسعى في قيمته
لان المحكم في حقهما بمنزلة القاضي في حق جميع الناس ولو كان مكان الحكم لهما قاضيا
قضى بالسعاية وهي مثله اولا اذا نكرنا اداها ان حاكا محكما وكذا ان ادعى الثالث
مثل ذلك وخاصم الى حكم فنطل فقضى بعتقه وسعى في قيمته لم قلنا فان رفع بعد ذلك
الى القاضي لقضاه لان حكم الحكم موافق لراي القاضي فانه لو رفع الثاني والثالث
الامر الى القاضي قضى بعتقه وجعل عليه السعاية فاذا فعل الحكم ذلك كان
حكمه موافقا للشرع وراي القاضي فكان عليه ايضا امضاؤه رجل مات
وترك عبدين يخرجان من الثلث فقال احدهما اوصى لرجل باحد العبدين صحت الوصية
لانها تصح للمعدوم وبالمعدوم كما لو اوصى بما يثمر نخله العام او لمن يولد لفلان
فبالمجهول اولى ولان مثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع فانه لو باع من اخر عبدين
او احد العبدين على ان ياخذ المشتري ايهما شاء بعشرة ويرد الاخر فانه
يصح لان هذه جهالة يمكن تداركها لتعيينه ماله خيار التعيين فلان لا تمنع من
صحة الوصية كان اولى وفي العيون لو ان رجلا اوصى بثلث ماله لفلان او لفلان
قال ابو حنيفة رحمه الله الوصية باطلة وعن ابي يوسف رحمه
الله انه قال هو بينهما نصفان وروي هشام عن محمد رحمه الله ان هذا الى الوارث
يعطي ايهما شاء الى الوصي وجه قول ابي حنيفة رحمه الله وصية للمجهول
فلا يصح كما اذا اوصى لانسان او رجل من الناس وجه قول ابي
يوسف رحمه الله انه اوصى بثلث ماله وصح الايجاب واستحقه
لاحدهما وليس احدهما باولى من الثاني وجه قول محمد رحمه الله انه اوجب
الثلث وصح ايجابه الا انه مجهول وكان التعيين الى الوارث والفرق
لابي حنيفة رحمه الله ظاهر لان في مسئلتنا الجهالة بالمحل فصار كالاقرار بشيء
مجهول وفي مسئلة العتق الجهالة في المستحق فصار كالاقرار لاحد رجلين
الا ترى انه لو اوصى بنصيب من ماله او بطائفة من ماله او بعضه او بشقص
من ماله او بجزء يجوز وتعطيه الورثة ما شاؤوا وفي المبسوط اذا اوصى

لرجل بما في بطن هذه الجارية ثم ولدت بعد موته لستة اشهر او اكثر فلا
وصية له لانه لم يعرف وجوده في البطن وقت موته الا اذا كانت معتدة
من طلاق او وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها او مات عنها زوجها لان النسب
يثبت من الزوج واذا ثبت النسب حكمنا بكونه موجودا ولو قال ان كان
في بطن هذه جارية فلها وصية الف وان كان غلام فله وصية الفان فولدت
جارية لستة اشهر الا يوم وولدت غلام بعد يومين فلهما جميع الوصية
وان ولدت غلامين او جاريتين لاقل من ستة اشهر فذلك الى الورثة يعطون
اي الغلامين شاؤوا الاخرى اوصى لفلان في امر الجارية واحد لا لهما فكان البيان اي
الوارث لانه هو مطلوب في مقام المورث ويجوز ان يقال هذا على قول
محمد رحمه الله خاصة اما على قول ابي حنيفة رحمه الله فالوصية باطلة لان
رجلا اوصى بثلث ماله لفلان او لفلان فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الوصية
باطلة لان الموصى له مجهول وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان الوصية لهما وروي
عن محمد رحمه الله ان الخيار الى الورثة فيجوز ان يقال في هذه المسئلة الوصية باطلة
عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوصية لاحد الغلامين وهو مجهول ويجوز ان
يقال في هذه المسئلة يجوز عندهم لان يخرج لانه صحيح باضافته الى ما في البطن
ثم الجهالة انما ظهرت في المستانف بعد صحة الوصية وبمثله اخرج الكلام مخرج
القسمة حيث لم يعين الموصى له واذا صحت الوصية اعطاه الوارث
ايهما شاء لان خيار التعيين للوارث وفرق بين هذه المسئلة وبينما اذا
اعتق احد عبديه ثم مات قبل البيان حيث لا يثبت للوارث خيار التعيين
ويسع العتق فيهما والفرق وهو ان الوارث في الوصية يملك احد العبدين
بعد عتقه والوصي له يملك احدهما بعد عتقه الا ان المصير الى تعيين الوارث
اولى او الوجه في احدهما ان الاستحقاق متوجه عليهما وهما المطلوبان فيكون
التعيين اليهما كما لو اعتق عبده على الف درهم او مائة دينار وقيل ان الثاني
يقوم فيه مقام المورث لانه هو ولو كان حيا كان خيار التعيين
لانه هو الذي وجب الملك بوصف الاجمال فاذا فات البيان من جهته

يتنقل اليه ما قام مقامه كما في خيار التعيين اما في الاعتاق لم علك الوارث احد العبدين لان كل واحد منهما عبد من وجه حر من وجه فصار كل واحد منهما في معنى المكاتب والمكاتب لا يورث فلم يقم مقام الميت في الملك حتى يثبت له الخيار اما هنا المعترض اختلاط الملك وانه لا يمنع الارث فصح البيان منهما بحكم الخلافة نظيره ما ذكرنا في البيوع جارية بين رجلين اقر كل واحد منهما انها ام ولد لاحدهما ثم مات احدهما يجبر الخيار الحي لا لورثته لانهم لا يملكوا محل الخيار لانها ان كانت ام ولد الميت عتقت بموته وان كانت ام ولد الحي لا يثبت الملك لهم ولا يثبت الخيار فان قال احد الابنين جعلت هذا العبد للوصية وقال الاخر جعلت هذا الاخر للوصية لا يلتفت الى ذلك واجبرا ان يجتمعا على واحد لانهما جميعا بمنزلة المورث في التركة والخلافة عنه احدهما والحق لا لاحدهما فيجبران على الاجتماع حتى يصل الموصى له الى حقه فرق بين هذه المسألة وبين ما ذكر في البيوع من المبسوط اذا اشترى جاريتين كل واحدة منهما بثمن مسمى على انه بالخيار باخذ ايتهما شاء ويرد الاخرى فقبضهما واستولدهما فان القول قوله في التي وطيها اولا وعليه عقرها وهي ام ولده فيرد الاخرى وولدها على البائع ولا يثبت نسبه لانه ليس له فيها ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها لان الحد قد سقط بشبهة صورة العقد ولو لم يبين حتى مات فالقول قول ورثته لانهم قاموا مقامه وان قال احد الابنين استولدت هذه الجارية اولا يصح تعيينه وان لم يساعده الاخر والفرق ان في مسألة البيوع تعيين احدهما ما لا يبطل حقا على الاخر لانه لا حق للوارثين في كل واحدة منهما لان احدهما ملك البائع لا حق لهما فيه والاخرى ام ولد الميت وقد عتقت ام ولد الميت وقد عتقت بموت سيدها فاذا لم يتضمن ابطال حق الاخر فيما عين في البيان كان حقا مستقلا على الميت واحد الورثة يقوم مقام كل الورثة في مثل هذه الصورة اما في الوصية البيان يبطل حقا على الساكت فيما عين لان كل واحد من العبدين بعينه يعرض ان يكون موروثا بينهما فيكون للساكت فيه حق فلا ينفرد احدهما فرق بين مسألة الاستيلاد وبين اعتاق احد العبدين وما اذا قال الجارية ام ولد احدنا

فان عتقه لا يثبت الخيار للورثة بعده انه لا يثبت لهم الملك في محل الخيار وفي مسألة الاستيلاد ايضا لا يثبت لهم الملك في محل الخيار ومع هذا يثبت الخيار والفرق ان عتقه كما لا يثبت لهم الملك في محل الخيار لا يتوجه المطالبة عليهم بموجب العقد فكانوا غرباء عن الاجانب في حق هذا الحكم اما هنا فتوجهت المطالبة عليهم بموجب العقد كما كانت متوجهة على المورث لان ثمن الموطوءة اولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله في بيان ما لزمه عنه ومن ضرورته نفي الموطوءة اولا الا ترى انه لو لم يبين يلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقر كل واحدة منهما فكان البيان اليه فان لم يجتمعا على تعيين احدهما حتى اعتق الموصى له العبدين نفذ اعتاقه في احدهما ولا يجبر البيان لورثته على حاله لان ولاية البيان لم يتعلق بتصرف الموصى له لان ذلك لا يصح الا فيما له وذلك غير معلوم فلا بد من البيان فاذا بينا احدهما عتق عليه وولاؤه له لان اعتاقه صادف ملكه بيقين لان الموصى له انما ملك الوصية من وقت الموت وقد اعتق ما ملك وما لا يملك فيعتق كما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال انتما حران اعتق عبده وهذا لان الاعتاق يتوقف على ظهور الملك فاذا ظهر الملك ظهر العتق كما لو اشترى عبدين كل واحد منهما بثمن مسمى على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام ياخذ احدهما ويرد الاخر ثم اعتقهما البائع عتق المشترى احدهما للبيع ورد الاخر عتق المردود على البائع وهو نظير ما ذكرنا في البيوع اذا باع احد عبديه من رجل فسد البيع لجهالة المبيع فلو قبضهما المشتري ثم اعتقهما البائع والمشتري بان قال كل واحد منهما انتما حران عتقا لان كل واحد منهما جامع بين عبده وعبد غيره وان اعتق الموصى له احدهما بعينه ثم بين الوارثان الوصية في احدهما لا يعتق لانهما ان بينا في الذي لم يعتقه لا يبطل الملك والاعتاق في ذلك وان بينا في الذي اعتقه لانه لا ملك للموصى له في الذي اعتقه يتعين يوم العتق لجواز ان يعين الوارثان وصيته في العبد الاخر والعتق لا يصح الا في الملك بيقين بخلاف ما اذا اعتقهما وهو بمنزلة ما لو اشترى عبدا على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام واعتقه المشتري ثم اجاز البائع البيع فيه

لا ينفذ اعتاقه وهذا لان اعتاقه صادف المعتق وملكه في عبد المعتق وانما يثبت
في المعتق عند البيان وللبيان حكم الانشاء فيما يرجع الى المحل وهو كما ذكرنا في البيع
الفاسد ان البائع اذا قال احدكما حر او ... المشتري ذلك لا يعتق احدهما
فرق بين هذه المسئلة وبينما اذا اشترى عبدين كل واحد منهما بثمن مسمى على ان
بالخيار فيهما ثلثا ويرد الاخر ثم ان البائع اعتق احدهما بعينه ثم اختار المشتري
البيع في الذي لم يعتقه البائع بعد عتق البائع وان لم يكن للبائع فيما اعتق ملك
متقرر لان المشتري ان يختار ذلك وكذلك في البيع الفاسد الذي ذكرنا لو قبضهما
المشتري معا او على التعاقب ثم اعتق البائع احدهما بعينه ثم فسخ القاضي
العقد فيهما وردهما على البائع بعد عتق البائع والفرق ان ملك البائع في
العبدين كان ثابتا متعينا وانما زال الملك عن احدهما غير عين على التردد
فاذا عين المشتري احدهما لنفسه انقطع التردد وتبين ان الاخر كان
على ملك البائع كما كان فكان اعتاقه مصادفا ملكه فاعتبر ولانه ازال
الملك عن احدهما غير عين واعتاق صادف العين فكان مصادفا ملكه الا انه
لم ينفذ لحق المشتري في قدر الحصة وهنا الاصل عدم الملك له وانما يثبت
ابتداء في المعين فيبقى في المعتق على العدم وهذا لان الثابت للمشتري خيار
الفسخ لا خيار التمليك فاذا رد الاخر فانما صار كان العبد لم يزل عن ملكه وهنا
ملك الموصى له لم يعلم في ايهما كان وانما كان الثابت للوارث خيار التمليك
وخيار التمليك يمنع الملك كما قلنا في البيع بشرط الخيار للبائع والذي في البيع
الفاسد المانع من نفوذ عتقه لزوم الضمان على المشتري فتقرر ذلك بالفسخ
وعاد العبد الى قديم ملكه فصار كان البيع لم يكن بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار
للمشتري ثم اعتق ورده المشتري عليه لانه انعدم الملك والسبب لان البيع
منعقد وانعقد ملك المشتري وهذا الوصف الملك ثم البيع وسبب ملك
البائع الفسخ وانه معدوم وقت اعتاقه بخلاف الوارث اذا اعتق العبد في التركة
المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ الا انه امتنع لحق الغرماء او المتبرع
الاسير بانه لو قضى الدين من مال اخر خلصت التركة لانه كان بغير رضاهم لزال

عنهم وقد حصلت التركة لهم ولو زال حقهم بالابرا فينفذ اما هنا لم يوجد سبب الملك
للموصى له في العين لكون الوصية دائرة وبين الاخر فانما يثبت الملك عند البيان
وبخلاف المشتري من الغاصب اذا اعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه
الله ان الاعتاق عنه يترتب على سبب تام في نفسه فينفذ بنفوذ السبب بالاجازة
والمشتري من الوارث في التركة المستغرقة اذا اعتق ثم قضى الوارث الدين او ابرأ
الغرماء الميت عن الدين وهذا لان بيع الفضولي سبب عندنا لما ذكرنا في النكاح
والايمان انه لا ضرر على المالك في انعقاد السبب وكما لا ضرر عليه في
انعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لانه ليس من ضرورة تمام السبب
اتصال الحكم فقد تراخى الحكم بعد تمام السبب وضرر المالك في ثبوت الملك
للمشتري فيتاخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما في نفسه فوجد
السبب التام في المحل المعين فاذا زال المانع بعد ذلك وقت السبب اما هنا
السبب غير تام في المعين بل هو متردد وبخلاف البيع بشرط الخيار اذا اعتق
المشتري ثم سقط الخيار لان سبب الملك غير تام فان قوله على الخيار يغير
العقد نصا وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط
ولهذا لم يجز البيع بانا لانه ادخل الشرط على السبب الا ان في الاستحسان
جعل الشرط داخلا على الحكم فينعقد اصل العقد ويكون في حق الحكم كالمتعلق
بالشرط معدوم قبله فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق يمنع
ولو ان الميت اوصى بعتق احدهما بغير عينه والعبد يخرج من الثلث جازت
الوصية لان الجهالة حتى لم يمنع الوصية بالملك فلا يمنع الوصية بالعتق اولى
ويكون البيان الى الوارثين لانهما قاما مقام المورث فان قيل وجب ان لا يصح
هذه الوصية لان الجهالة تمكنت في موضعين في الموصى له والموصى به فان
قبل الوصي عتق احدهما والموصى له احدهما وتمكن الجهالة في الموصى له يمنع جواز
الوصية فيثبتها اولى بخلاف المسئلة الاولى قيل له بلى ان هذه الجهالة تزول
حال ثبوت الوصية وهو ما بعد الموت بتعيين الوارثين فكانت مستدركة
ولا يمنع جواز الوصية وهذا على اصلهما ظاهر لان العوض لله تعالى في الصدقة

والحج فكان المستحق مجهولا ولهذا قالا لو اوصى بان يعتق بهذه المائة عبدا فهلك منها درهم يعتق بما بقي لانه وصية بالقربة فكان حق الله تعالى فكان بمنزلة الوصية بالصدقة والحج بمائة وهلك درهم وكالو اوصى لرجل بهذه المائة وهلك درهم سقط الوصية فيما بقي اما عند ابي حنيفة رحمه الله العتق حق العبد الذي يشترى بمائة غير العبد الذي يشترى بمائة غير درهم بخلاف الحج والصدقة فينبغي ان لا يجوز عنده كما لو اوصى بثلث ماله لفلان او فلان والفرق له ان كان حق العبد ففيه حق الله تعالى ايضا وكان مشتملا على الحقين وان كان حق العبد اصلا بخلاف الوصية لفلان او لفلان لان هنا امر باعتاق احد العبدين فصار كالتوكيل في حالة الحيوة باعتاق احدهما وفعل الاعتاق وقع الاعتاق وقع في المحل المعين فصار به الاعتاق وانه معلوم بخلاف الوصية لفلان او فلان وبخلاف هلاك الدرهم لانه يتبدل الوصية لغير الموصى له وهنا يتعدد الوصية للموصى له وهو احدهما واذا صحت الوصية كان التعيين الى الورثة لما قلنا فلو قال احدهما اخترت ان يكون العبد الذي يعتق عن الميت هذا وقال الاخر اخترت الاخر لم يعتبر اختيارهما ما لم يجتمعا على احدهما ويجبران بتعيين احدهما لان كل واحد منهما بالتعيين يريد ابطال حق الاخر عن الذي عينه فلا يملك ذلك كما قلنا في المسئلة الاولى في لزوم الجمع على تعيين احدهما لم يكن قال احدهما اعتقت هذا عن الميت ثم اعتق الاخر العبد الاخر عن الميت فان الاخر حر عن الميت والاول حر عن الوارث الذي اعتقه ويضمن لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا لانه اعتق عبدا مشتركا عن نفسه لان قوله اعتقت عن الميت لغو في حق الاضافة لان احدهما لا يملك الاعتاق عن الميت لما قلنا فقد جمع في كلامه بين مستقيم وبين مستحيل فيما استقام وهو اعتاقه عن نفسه صح وما استحال وهو اعتاقه عن الميت لغي بقي قوله اعتقت ولو نص على ذلك يعتق عنه لا نا تيقنا بنفاذ عتقه لانه ان كان موصي ليعتقه ينفرد احدهما بالتنفيذ كما لو اوصى بان يعتق عنه هذا العبد بعينه لانه لا حاجة الى الراي والتدبير وليس فيه ابطال ملك احد وان لم يكن موصى بعتقه كان موروثا فكان مشتركا

بينهما وتعذر ان يجعل عن الميت فيعتق عنه ولان المانع من الملك الوصية وانها واقعة في غير المعين فهو اعتق العبد فيصح واما عتق الثاني عن الاول فلان الاول خرج عن مزاحمة الثاني لكونه قابل للعتق عن الميت فيعتق الاخر ضرورة لتنفيذ الوصية ولا حاجة الى تقدم التعيين في حق الثاني ليعتق في نفسه فان الاول مات او قتل فالوجه به الطلاق او العتاق بغير بدل ينفرد احدهما ولو اعتق كل واحد منهما عبدا عن الميت وخرج الكلامان منهما معا عتق العبدان ويجبرهما على تعيين احدهما عن الميت واذا عينا عتق الاخر عن المعتق وكان حكم عبد مشترك بين اثنين اعتق احدهما نصيبه اما عتقهما فلانا تيقنا بعتقهما لان كل واحد منهما من الاعتاقين يصلح ان يكون عن الميت بان كان موصي بعتقه ويصلح ان يكون على المعتق ان لم يكن موصي بعتقه فيكون ملك الوارث فيعتق عليه واما الجبر على التعيين فلان احدهما استحق العتق عن الميت ولا يستحق بجهة اخرى وذلك مجهول والاحوال فان كما قبل الاعتاق فلا بد من بيانه واذا بينا عتق الاخر عن المعتق ضرورة ولو لم يعتقا لكن اجتمعا على تعيين احدهما للعتق عن الميت ولم يعتقاه حتى اجتمعا على الاخر لم يكن لهما ذلك لانهما لما عينا الوصية في احدهما بعينه وهما قائمان مقام الميت في التعيين صار كان الميت عينه للاعتاق بان اوصى بان يعتق عنه هذا العبد ليس لهما ان يعتقا عنه عبدا اخر الا ترى انه لو اوصى لرجل وامرا ان يضع ثلث ماله حيث احب فاختار الثاني ووضعه فيه بطل اختياره حتى لو وضعه في وارثه بطلت الوصية وان لم يصح الوضع بان اعتق احدهما الاول الذي اجتمعا عليه عتق عن الميت لان الاجتماع شرط التعيين لا شرط التنفيذ من باب الكلام ولا حاجة الى الراي في الكلام بل كلامهما وكلام احدهما سواء فيتفرد احدهما باتباع العتق في المعين كما لو عين الورثة وكالوكيلين بالاعتاق بغير بدل ولانه انما لا ينفرد احدهما بالمعين لما فيه من ابطال ملك الاخر في المعين وذلك منعدم في التنفيذ ولهذا لو اعتقه الوصي صح ايضا لانه قائم مقام الورثة في تنفيذ وصاياه كما لو عين الوكيل احدهما لا يصح تعيينه لان ذلك من حكم املاك الملك وهما انما قاما مقام الميت

في هذا المعنى ولان ابطال ملك الوارث عن العين ولم يجتمعا على تعيين احدهما حين اعتق الوصي احدهما بعينه ثم اجتمعا على تعيينه لم يصح اعتاقه فيجب ان يعتقه الوصي بعد ذلك او احد الورثة لانه لم يات بالعتق المامور به لان المامور به اعتاق عبد بغير عينه وقد اعتق عبدا بعينه فكان ما اتى به غير ما هو مامور به فلا يتوقف على صيرورته مامورا به ولهذا المعنى الاترى انه لو وكل رجلا بان يعتق عبده غدا او يطلق امراته غدا او يبيع عبده غدا ففعل اليوم لم يجز بخلاف ما لو وكله بان يعتقه او يبيعه اليوم فباعه او اعتقه غدا رجل مات وترك عبدا يخرج من ثلث ماله واوصى بعتقه واوصى لرجل والعبد اخو الوارث لام رواح الوصي لم يعتق العبد بالقرابة حتى يعتقه اما اذا كان اخ الوارث فلان الوارث ايضا لم يملك رقبته العبد لانه مشغول بوصية الميت وهو يخرج من الثلث والمشغول بوصية الميت وهو يخرج من الثلث بوصية الميت اذا كان يخرج من الثلث لا يملكه الوارث لانه مشغول بحاجة الميت كما لو اوصى به لانسان وهو يخرج من الثلث لا يملكه الوارث فهنا اولى واذا لم يملكه احدهما لا يعتق ما لم يعتقه الاترى انه لو لم يخرج من الثلث لا يملكه الوارث ولا يعتق لان الوصية بالاعتاق مانعة ثبوت الملك الا انه يعتق ويسعى فيما زاد على الثلث فهنا اولى فان اعتقه الوارث او الوصي بعد الميت جاز لان اعتاق سعد وصيته وللوصي والوارث سعد وصاياه لان الميت اقام الوصي مقام نفسه في سعد وصاياه والوارث قائم مقام الميت حكما وخلفه خلفا في سعيد وصاياه ولهذا اقام كل واحد منهما مقامه في قضاء ديونه فان قال ان دخلت هذه الدار فانت حر فدخل وجاء لم يعتق لان الوصي وكيل عن الموصي في اعتاق هذا العبد بعد موته والوكيل بالاعتاق في حالة لا يملك التعليق فكذا الوكيل بالاعتاق بعد الوفاة والجامع بينهما انه يملك التصرف بحكم الامر والتفويض فدام وفرض البدل الحبيب التعليق فلا يصح التعليق الاترى انه لو وكل رجلا بان يطلق امراته للسنة فقال لها في الحيض او في طهر قد جامعها فيه انت طالق للسنة فطهرت لا يقع الطلاق لانه مامور

بالتحبير والمالي به تعلق الطلاق بمجي وقت السنة وكذا لو وكل رجلا بان يطلق امراته فطلقها بان يجعلها على مال لم يصح وان كان مستقيما في حقه لان الخلع تعليق الطلاق بقبولها والمامور بالتحبير لا يملك التعليق فان قيل هاهنا مامور ومفوضا اليه لا يمنع دخولها في الامر لعدم التنافي ولهذا يصح من الوارث قلنا لا بل يمنع لاستحالة اجتماع واحد ان حكمهما فان احدهما شيئ في الحال والاخر لا ولا يدخلان على ان يفعل ايهما شاء لانه موجب التحبير واللفظ لا يقتضيه وقد ملك الاسفاع فلا يملك اليمين بخلاف الوارث ولو قال الوارث ان دخلت الدار فانت حر واذا جاء يعتق عند وجود الشرط عن الميت فان قيل وجب ان لا يعتق لان الوارث لم يملك العبد لمكان الوصية ولهذا لا يعتق عليه بالقرابة وانا لم يملك التصرف بحكم الامر والتفويض الوصي فهل له الوارث في حق الوصي باعتاقه ما لك من وجه غير مالك من وجه فمن ان الوصية تمنع الملك للوارث فالذي لم يكن مالكا ومن حيث انه لو قتل الوصي لم يجب عليه اعتاقه كانت القيمة له حالا وكذا لو قطعت يده كان الارش له ولو كانت جارية فولدت ولدا كان الولد له ولو وطئت بشبهة حتى وجب العقر كان العقر له لانه مالك وكذا لو زوجها من رجل لا يجوز لا نقل من حق الميت فيمنع من تزويجها كما لو اوصى بها لرجل فزوجها الورثة فلو دخل بها الزوج كان المهر للورثة وكذلك كسب العبد للورثة فاذا كان مالكا من وجه دون وجه فمن حيث انه مالك ملك الاعتاق تعليقا وتنجيزا ومن حيث انه اذا وجد الشرط وقع العتق عن الميت حتى يكون الولاء له عملا بهما ولان ملك الوارث فيه اظهر من الملك في المكاتب لا ذكرنا في الكتب وغيرها ثم ملك اعتاق المكاتب بالكتابة تنجيزا وتعليقا وان لم يملك رقبته ويكون الولاء للميت كذلك فهنا بل اولى وهذا لان سبب الملك منعقد له وهو الموت والزيادة الا انه امتنع الملك لعارض لاحتمال الحاجة ولهذا القدر كان الاعتبار التصرف على التوقف الاترى انه يعتبر اعتاقه في العبد المشغول بالدين بحال ان يعتبر في المشغول بالوصية فاذا عتق تعليقه ووجد الشرط والحكم مستحق من جهة الميت يعتق عنه ضرورة ولان سبب الملك لما كان موجودا اقتضى ثبوت الملك الا انا جعلناه ملكا عدنا فيما يودي الى ابطال حق الميت لحاجته الى سعد وصيته نفيها وراء ذلك كما في المكاتب فباي جهة حصل العتق يقع عن الميت وهذا لان العتق

بالشرط لا يجب احلالا لانه حقه فصح التعليق وكذا لو قال له الوارث انت حر على الف
درهم فقبل يعتق بغير شيء وكذلك لو قال ان مت فانت حر او انت حر بعد موتي تعلق عتقه
بعد موته ولا يصير مدبرا لان المدبر من يعتق على المدبر وهذا لا يعتق على المدبر لانه لو علله
لكن لو مات يعتق عن الموصي كما لو علق عتقه بدخول الدار او بموت غيره ولو قال
الموصي ذلك فهو باطل لما قلنا وكذا لو كاتبه لا يصح لانه لم يملكه ويجعل كانه علق
عتقه بالاداء فاذا ادى يعتق عن الموصي ويرد المال اليه لانه استحق العتق بجهة
الوصية فباي طريق حصل وقع عن المستحق وكذا لو كان الورثة اثنين او اكثر فعلق
احدهم عتقه كان هذا والاول سواء لانه انما صح من الواحد لكونه مالكا من وجه
وانه موجود في حق كل واحد منهم ولان الوصية حصلت بعتق عبد معين وفي هذا
لا يحتاج الى فيتفرد به احدهم لما قلنا ولو ان رجلا زوج ابنته من عبده برضاها حتى
جاز النكاح وانه كان يعتق ان اوصى بذلك العبد لرجل ثم مات ولم يترك من الورثة
الا هذه البنت وحدها فهذا على وجهين اما ان كان المال اخرج العبد من ثلثه او لم
يكن ففي الوجه الاول لا يفسد النكاح لان البنت لم تملك شيئا من رقبة زوجها لان
العبد يخرج من ثلث ماله فكان مشغولا بحاجة الميت وهو تنفيذ الوصية وذلك
مانع الوارث كما لو زوج بنته من مكاتبه برضاها ثم مات لا يفسد النكاح لقيام
المانع من الانتقال الى الوارث فيبقى العبد موقوفا على ملك الميت كما في التركة
المستغرقة بالدين بحاجة الميت وزال عن ملك الموصي لم يدخل في ملك الموصى له ولا في
ملك الوارث لان الوارث يتلقى الملك ولا بد من زوال ملك الميت ولا يجوز ان يملك
الموصى له لان ملكه موقوف على قبوله دفعا للمنة والضرر عنه لما يذكر ولا يجوز
ان يملك الورثة لان حق الموصى له تعلق به وتعلق الحق بالمال يمنع من تملكه بالارث
كالدين فلم يبق الا الخروج عن ملك الميت وعدم ثبوت الملك فيه لاحد كالمبيع
المشروط فيه الخيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله وكالعبد الموقوف على خدمة
الكعبة وهذا لان الوصية تمليك الا ان فيه الالزام على الموصى له كالهبة والصدقة
فيبقى الملك فيه موقوفا ان قبل الموصى له انتقل من ملك الميت الى ملك الموصى له
فلم تملك البنت شيئا من رقبة زوجها فلا يفسد النكاح وان رد بطلت

الوصية

وجه فعملنا بها من حيث انه عام دخل فيه مولى الاعلى ومولى الاسفل من
العتاقة ومن حيث انه خاص لم يدخل فيه مولى الموالاة وهذا العموم في الوصية
ثابت من كل وجه باعتبار الاصل وهو ابو العشيرة وباعتبار المنتسبين الى فلان بالبنوة
فتدخل الكل تحت الوصية عملا بالعموم من كل وجه ولو اوصى لايتام بني فلان
جازت الوصية سواء كانوا يحصون او لا اما اذا كانوا يحصون فلان الوصية وقعت
لاعيانهم وتعذر الوصي على احصائهم والاحاطة بهم فتجوز كما لو اوصى لساكني بعض
السكك ولبعض الدار ويستوي في ذلك الغني والفقير لانه اسم لمن مات ابوه ولم
يبلغ غنيا كان او فقيرا وهكذا قال محمد رحمه الله في الكتاب وقوله وهكذا قال
الخليل صاحب العين والدليل على انه يتناول الغني قوله تعالى واتوا اليتامى
اموالهم وقوله عليه السلام اسعوا اموال اليتامى خيرا حتى لا ياكلها الصدقة وقال
عليه السلام من ولي يتيما وله مال ولا يتناول الاسم البالغ لقوله عليه السلام
لا يتم بعد الحلم يعني اسم اليتيم بعد الحلم ولو كان هذا الاسم حقيقة له بعد
البلوغ لما جاز النفي وانما سمي البالغ منهم مجازا باعتبار ما كان لكن الكلام حقيقة
حتى يقوم الدليل على مجازه وهذا لان اليتم في اللغة مشتق من اليتم وهو الانفراد
يقال درة يتيمة اي منفردة عن اشكالها الا انه اذا اطلق في عرف لسان الشرع يراد
به المنفرد عن ابيه في حال صغره والكلام بحقيقته ولهذا يكون الثلث بينهم بالسوية واما
اذا كانوا لا يحصون فكذلك في الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان اللفظ لا ينبئ عن
الفقر لما ذكرنا لانه يعم الاغنياء والفقراء وانهم مجهولون فلا يصح كما في بني فلان وهذا لانه
لا يخلو اما ان يقصد به التقرب الى الله تعالى او الصلة لا وجه الى الاول لانه دخل
فيه الغني والفقير ولا وجه الى الثاني لان الانسان لا يقصد بالصلة قوما مجهولين
الا انا استحسنا وجوزنا هذه الوصية وتصرف الى الفقراء اليتامى لان تصحيح الوصية
واجب ما امكن وقد امكن ان يقصد به جهة القربة عند ذكرهم وقد قامت
الدلالة على ذلك لان اليتم وان كان لا ينبئ عن الحاجة لكن ينبئ على الحاجة لما ذكرنا
انه عبارة عن الانفراد والانفراد عن الاب حال حاجته الى من يقوم بمصالحه
ويربيه دلالة الحاجة ولهذا جعله الله تعالى بهذا الاسم مصارف لخمس الغنيمة

بخلاف الوصية لبني فلان لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة ولا دلالة عليها ايضا
فبطلت ضرورة واذا صحت الوصية فالافضل الى من فقد منهم من الفقرا وان صرف
الى اثنين جاز وان صرف الى الواحد فعلى الخلاف الذي ذكرنا وعلى هذا اذا اوصى
لايتام بني فلان او لزمنى بني فلان الا ان الاسم وان كان لا يختص بالفقرا لانه يستعمل
في الفقرا غالبا فجاز الصرف اليهم تصحيحا للوصية ولو اوصى لارامل بني فلان فالوصية
جائزة سواء كن يحصين او لا يحصين كالايتام غير انهن ان كن يحصين فالثلث بينهن
بالسوية لانه قصد اعيانهن ولا يجوز حرمان البعض وان كن لا يحصين صرف
الى من فقد منهن على ما ذكرنا وانما جازت الوصية مع عدم الاحصا لان في الاسم
ما يدل على الحاجة لانه مشتق من ارمل القوم اذا فني زادهم ومن فني زاده كان
محتاجا فامكن ان تجعل وصيته بالصدقة حقا لله تعالى فيجوز كما في اليتامى وتفسير
الارامل ما قال محمد رحمه الله كل امراة بلغت مبلغ النسا وكان لها زوج فمات
عنها او فارقها دخل بها او لم يدخل بها وهي محتاجة شرط محمد رحمه الله لثبوت هذا الاسم
البلوغ والانوثة وان يكون لها زوج فارقها اما اعتبار البلوغ فلانه مشتق من
قولهم ارمل القوم فهم مرملين حتى كانوا كالبين للزاد وطلب الزاد انما يكون من
البالغ في العادة واما اعتبار الانوثة لان هذا الاسم في عرف الاستعمال يطلق
على الانثى عادة وقال الشعبي رحمه الله الانوثة ليست بشرط ويتناول الذكر والانثى
لانه ماخوذ من قولهم ارمل القوم اذا فني زادهم كانهم ينظرون الى الرمل منتظرين
لارزاقهم وفي الحديث فكان القوم مرملين مشتين وهذا المعنى لا اختصاص له بالنسا
والدليل عليه قول الشاعر

كل الارامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

الا ان الصحيح ما فسره محمد رحمه الله النقل عن ائمة اللغة ولهذا يستعمل هذا الاسم من
غير علامة التانيث في النسا فيقال رجل ارمل وامراة ارمل كما يقال حائض وطالق فدل انه موضوع
للنسا خاصة ولانه عبارة عمن فني زاده لما ذكرنا والمراة هي التي يفنى زادها بمفارقة
الزوج لكون الرجال قوامين عليهن بالانفاق ونفقتها في ماله ولهذا قلنا لا يدخل فيها من فارقه
الزوج حتى يفنى زادها وهذا نوع دليل لاعتبار الانوثة لان بعضه لا يفنى بمفارقتها

الا انه يستعمل في الذكر مقيدا بصفة الذكورة توسعا والاستعمال لخروجه
بمقابلة الانثى كما في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا يشترط ان تكون محتاجة لما ذكرنا من
الاشتقاق ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع سلعة فربح قبل ان يدفع ثمنها
فتصدق بذلك على ارامل عبد المطلب ومعلوم ان هذا الجنس انما يقصد به الفقرا
اقصى ما في الباب انه قد يستعمل في الغني وليس بموضوع للغني الا انا حملنا الوصية
فيما لا يحصى على الغني والفقير تبطل ولو حملناه على الفقير الذي جرت العادة
بالاستعمال فيه فقد صحت ومقصود الموصي تصحيح الوصية فحملناه عليه مع ان
في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة ويجب ان تكون كبيرة لان المفارقة المعهودة في الزوجية
تكون في وقت الزوجية وذلك عادة يكون في الكبيرة والدخول ليس بشرط لان
اللفظ لا ينبئ عنه ولو اوصى لايامى بني فلان ان كن يحصين فالوصية جائزة وتقسم
بينهن على السوية وان كن لا يحصين فالوصية باطلة كالوصية لبني
فلان لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة ولا يدل عليها فوقعت الوصية لاعيانهن
وهن مجهولات وتفسيره ما قال محمد رحمه الله في الايم كل امراة لا زوج لها وقد
جومعت حلالا او حراما او نكاحا فاسدا صغيرة كانت او كبيرة غنية كانت
او فقيرة قوله حجة شرط محمد رحمه الله لثبوت هذا الاسم الانوثة والجماع
اما اعتبار الانوثة فلقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والمراد به النسا
واما اعتبار الجماع حتى لا ثيبا ولان هذا الاسم للثيب لقوله عليه السلام الايم
احق بنفسها من وليها تستامر وروي البكر تستامر واذنها صماتها والايم
وليه لنفسها والمراد الثيب وهذا لانه عطف البكر على الايم والايم على البكر
وفصل بينهما في الحكم والمعطوف غير المعطوف عليه وكذا المفارقة في الحكم
دل على المغايرة شرط محمد رحمه الله لثبوت الاسم الجماع ولم يشترط البلوغ والرق
منها من حيث اللغة انما يثبت شرعا الا الجماع وقد روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه لما ماتت امراة عثمان رضي الله عنه قام على قبرها فقال الا ابا
ايم الا اخا ايم زوجها بعثمان وقد زوجناه ثنتين ولو كانت لنا ثالثة لزوجناه وليس

المراد به البالغة لانه خاطب الاخ بتزويجها وانما يتعرض الاخ بتزويجها اذا كانت
صغيرة وروى الكرخي عن ابي حنيفة رحمهما الله في كتاب النكاح في معنى قوله عليه السلام
الايم احق بنفسها من وليها ان الايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ولهذا
قال ابو القاسم الصفار رحمه الله في الايم يشترط لثبوت هذا الاسم حتى
قالوا ان البكر الذي فارقها زوجها يدخل تحت هذه الوصية وكذا قالوا الايوبة
يثبت بشرط حتى قالوا ان الرجل الذي لا امراة له يدخل تحت هذا الاسم لان الاسم
ينبئ عن البعد فقال باعت عن فلان اي فارقته وهذا لا اختصاص له بالنساء والسابه
وفيما ذكرنا من الحديث في قوله ايم ام لم يكن المراد به الموطوءة دون غيرها بل الموطوءة
ظاهرا دل عليه قول القايل فان تنكحي انكح وان تتايمي ادهر ما لم تنكحي ايما فالمطلق
اسم الايم على الرجل والصحيح ما قاله محمد رحمه الله فان الرجل يسمى عزبا والاصل
اختصاص الاسامي بالمسميات تحقيقا للاعلام ودفعا للاشتراك والاستعمال الاسم
فيهما عن علماء الناس دليل على اختصاص الاسم بها والاستعمال في غير المجامعة
وفي حق الرجل كان مجازا كما جعلنا لها لما ذكرنا والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل
على المجاز وذلك في الكتاب عن عمر رضي الله عنه انه قال حين هاجر الى المدينة يا معشر
قريش من احب منكم ان يايم منه امراته فليخطبني في روايته من يايم اضاف
الايم الى النساء ثبت انه اسم للبعد من جانب النساء العزب اسم للبعد من جانب
الرجل وبه دليل ان ذات الزوج تسمى ايما وقال القايل في فتح القادسية حتى
نكحها سعد وقاص رضي الله عنه فانبا وقد انت نساء سعد ولنساء سعد ليس فيهن
ايم اضاف الايم فدل ان الاسم حقيقة لهن ولو اوصى لايامى بني فلان ان كن يحصين
فالوصية جايزة ويقسم بينهن بالسوية وان كن لا يحصين فالوصية باطلة لانه
ليس في الاسم ما يدل على الحاجة فلم يمكن حمله على التخصيص السهل ابراجوبة
حلال وحرام لها زوج فطلقها او لم يطلق عنها كانت او فقيرة لكن الذي قاله محمد رحمه الله
الايوبة لا طلاق لهذا الاسم والجماع واما اشتراط الجماع لانه اسم لامراة تكون
نصيبا عايدا الى اصابتها مشتق من المثابة وهي العود في الفعل تعالى
اي رجع ومنه قوله تعالى واذ جعلنا البيت مثابة للناس وامنا اي مرجعا

واما الايوبة وان كان الرجل يشارك المراة في معنى الاسم وهو الرجوع لانه اسم موضوع
للنساء فلا يكون حقيقة لكل من يشاركها في ذلك المعنى وان استعمل فيه كما في قوله عليه
السلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لكن عند الاطلاق ينصرف الاسم الى ما هو الموضوع له والاطلاق
في الحديث بطريق المجاز للاستعمال بطريق المقابلة كما في قوله تعالى ومكروا ومكرا وقوله
تعالى نسوا الله فنسيهم ولهذا نستعمل فيها بغير علامة التانيث ولهذا كان المراد من قوله
عليه السلام والثيب والمراة لا الرجل بالاجماع وقيل على قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله لا يتناول الذي جومعت بفجور لانها بكر معنى حتى لا يسقط ويكتفى
بسكوتها في النكاح الا ان الصحيح ان هذا قول الكل لا معنى الثيابة لاختصاص
له بالحل والحرمة وانما لم يسقط عنها معنى الحيا فان الشرع وضع النطق عن
الابكار لا لمعنى البكارة بل لمعنى الحيا لحديث عايشة رضي الله عنها والحيا موجود
فيها فاما ان تكون بكرا حقيقة فلا ولهذا لو انعدم الحيا بظهور الفعل عليها شرعا بان
وطئت بشبهة او بنكاح فاسد يسقط عنه المعنى لان الشرع اظهر الفعل عليها
شرعا بان وطئت بشبهة حتى لزم المهر والعدة واثبت النسب وحقيقة بان
اخرجت واقيم عليها الحد والصحيح انه لا يكتفى بسكوتها وكذا اذا اعتادت
الزنى وقد ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله في هذين الفصلين يكتفى بسكوتها والذي
لا يكون شرعا ثم لا دخول لها تحت قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
لكنه ضعيف فان هذا انما في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد ولا يكتفى بسكوتها
فكانت الحالة هو الحد ولو اوصى لايامى بني فلان وكل بكر من بني فلان فان كن
يحصين فالوصية جايزة وان كن لا يحصين فهي باطلة لان هذا الاسم غير مختص
بالفقر او البكر كل امراة لم يجامعها بنكاح ولا غيره غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت
او كبيرة سواء كان لها زوج او لم يكن شرط محمد رحمه الله الايوبة وعدم الجماع لثبوت
هذا الاسم اما عدم الجماع فلان البكر اسم لكل امراة يكون مصيبها اول مصيب
لها ولا يكون عايدا على الاضافة الاولى لان الاسم ينبئ عنه ولهذا سمي اول النهار
بكرة واول الثمار باكورة واول الولد البابية بكرا واما اشتراط الايوبة حتى لا يتناول
الرجل وان سمي بكرا كما في قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة لان تسمية

بجاز الرجوع لمقابلة المراة على ما ذكرنا وقوله لم يجامعها ولا عيب قال بعضهم هذا
اما على قول ابي حنيفة رحمه الله من جوز ثبت البكارة بدخل تحت الوصية على قياس
مسئلة النكاح والصحيح ان هذا قول الكل لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة وان كانت
العذرة قد ذهبت او وثبة او وضوء في بكران البكر اسم لامراة لم يسكنها الرجل اي لم يجامعها
والانكار الجماع والتي ذهبت عذرتها بهذه الاسباب لم يجامعها الرجل فكانت بكرا حقيقة
وشرعا ولهذا يكتفي بسكوتها في النكاح بالاجماع وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لا يكتفي
بسكوتها في النكاح وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لا يكتفي بسكوتها وهي بمنزلة الثيب
ليستدل لانا البيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة
كان له ان يرد لكنا نقول هي بكر لان مصيبها اول مصيب لها الا انها ثيب بعد اعذار
في باب الشرى اشتراط البكارة جعل عبارة عن كذلك ولا وهنا الحكم يتعلق بالاصل
وفي النكاح بالحيا وهما فلهذا تدخل تحت الوصية ولا يستنطق وفي شرح الكرخي
رحمه الله بن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اوصى
بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين فهذا في قول ابي حنيفة رحمه الله الثلث على ثلثة
اجزا للبائس وهو الضرير الذي زمانه اذا كان محتاجا وهو الفقير المحتاج الذي
لا يطوف على الابواب والمسكين الذي يسال ويطوف وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى
جزوين الفقير والمسكين واحد والبائس واحد والبائس هو الفقير الذي به
الزمانة فقد حصل فيه معنى زايد فيفرد بالسهم اما الفقير والمسكين يسميهما
الفقير وان كان احدهما احوج فصار واحدا وقد عرف هذا في الزكوة وقال
ما قالوا الشيخ يصح لان الله تعالى افرد في اية الصدقة الفقرا عن المساكين وجعل
كل واحد منهما نوعا فدل ان احدهما غير الاخر قال بن سماعه رحمه الله سمعت
ابا يوسف قال في رجل قال اوصيت بثلث مالي لشبان بني فلان ولكهولهم ولشيوخهم
قال الشاب من خمسة عشر الى خمسين سنه الا ان يغلب عليه الشمط قبل
ذلك والكهل من ثلثين الى اخر عمره والشيخ ما زاد على الخمسين قال بن سماعه رحمه
الله قد كان يقول قبل هذا خلاف وقال بن سماعه رحمه الله سمعته يقول
الكهل من ثلثين فصاعدا الى ما به والاكثر والشيخ من اربعين سنه فصاعدا الى

والغلام اقل من خمسة عشر الى ان يحتلم وذكر بن سماعه رحمه الله قولا اخر
قال الكهل من ثلثين الى اربعين والشيخ ما زاد على الخمسين وزاد على الاربعين وكان
شمطا اكثر فهو شيخ وان كان السواد اكثر فليس بشيخ الشاب اذا احتلم وقال
عمرو عن محمد رحمه الله الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر سنه والمعتبر من بلغ
خمسة عشر وفوق ذلك اذا بلغ اربعين اي من خمسين الى ستين الا ان يكون
الشيب غلب عليه فيكون شيخا وان لم يبلغ الخمسين الا انه لا يكون كهلا حتى
يبلغ الاربعين وكذلك لا يكون شيخا حتى يجاوزها وانما جعلوا الشاب من له خمسة
عشر سنه فصاعدا لان عندها يحكم بالبلوغ ومن لم يبلغ فهو صبي وغلام
ولا يسمى شابا اما الشاب فهذا عبارة عن البالغ في الثلثين لان ما زاد على الثلاثين
فهو كهل قال الله تعالى في عيسى عليه السلام ويكلم الناس في المهد وكهلا وقيل انه
راح وسنه ثلثون سنه فدل ان ما زاد على الثلثين كهلا وجعل ابو يوسف رحمه
الله الكهل والشيخ سوا فيما زاد على الخمسين في الرواية الاخرى من زاد على الاربعين
وجعل محمد رحمه الله ما بين الستين وما زاد على ذلك شيخا وهذا صحيح لان الكهل
والشيخ يفترقان فاعتبروا في رواية غلبة الشيب فقالوا ان غلب عليه الشيب
بعد الاربعين انه شيخ وان لم يغلب الشيب فهو كهل وهذا صحيح في العرف لان
الناس يعتبرون التسمية غلبة الشيب فاما اهل اللغة فقد قال ابو حاتم قال
بعض العلما ولم يسمه هو غلام الا ان يستتم سبعة عشر سنه ثم هو شاب
الى اربعة وثلثين ثم هو كهل الى احد وخمسين ثم هو شيخ الى اخر عمره قال ابو حاتم
فاذا احدث فهو مسن واذا ارتفع عن ذلك فهو قحم وقحر قال الاصمعي كان يقال
شباب المراه من خمسة عشر الى الثلثين وفيما بين الثلثين الى الاربعين تستتم ثم هي اسلة
والمعتبر في هذا هو العادة في التسمية وذكر الصدر الشهيد في ايمان فتاوي الصغرى
حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا والكلام في معرفة هؤلاء في ثلث مواضع في
اللغة والشرع والعرف اما اللغة الصبي يسمى غلاما الا ان يبلغ خمسة عشر سنه ثم من
تسعة عشره شاب الى اربع وثلثين ثم من اربع وثلثين كهل الى احد وخمسين ثم من احد
وخمسين شيخ الى اخر عمره هكذا قال بعض العلما من اهل اللغة اما الشرع فالغلام

اشهر لمن لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا ومتى قال يعلى عن ابي يوسف
رحمهما الله اذا اوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس والحمة من
قبل الاب لان التولد من يتقرب بغيره وهذا المعنى موجود في الطرفين فاما الجنس
فهو نسبوا الاب لان الجنس يعتبر بابيه لا بامه وكذا الحسب الا ترى ان الهاشمي اذا
تزوج امة فولدت تنسب الى ابيه ويكون اهلا للخلافة والحمة عبارة عما يعبر عن الجنس
اما اذا اوصى لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان
ابوه ومن ينسب الى ابيه فالاب اصل البيت فيدخل في الوصية وليس كالقرابة
لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في الاب قال
ابو يوسف رحمه الله الا ان القرابة من يتقرب بغيره وفي الزيادات ان الاب لا يدخل
في الوصية وقال ابو يوسف رحمه الله في رجل اوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة
واخوات وسواح وبنو اخت يوضع الثلث في جميع قراباته من هو ومن ولد بعد
موته لاقل من ستة اشهر لان الصلة يراد بها صلة الرحم فكانه نطق بهذا المعنى ومن
ولد لاقل من ستة اشهر فقد كان موجودا يوم الموت فيدخل فيها والله اعلم

باب من الوصية بالخدمة والغلة والسكنى والثمرة

اصل الباب ان الوصية ابدا بالمنافع نحو خدمة العبد وسكنى الدار جائز ويعتبر
خروجها من الثلث اعني رقبة العبد والدار ورقبة كل شيء ما وقعت فيه الوصية
دون غلته ومنفعته لان المنافع مما يجوز تمليكها بالاجارة والاعارة فيجوز تمليكها بالوصية
الا ترى انه يجوز وقف الدار للسكنى فجرى الوصية بها الى الابد اوسع العقود
جوازا ويجوز الوصية بما لا يجوز تمليكها بالاجارة كالوصية بما تثمر نخله العام وابدا
يكتسب عبده العام ويجوز للمعدوم كالوصية لمن يحدث لفلان من الولد او العقب
فلان ولا عقب له وحتى جازت الوصية يعتبر خروج العين الذي اوصى بمنفعته
من ثلث ماله وان كانت الوصية بالمنفعة لا تمنع ثبوت الملك للوارث في
الرقبة حتى لو اوصى بخدمة عبده لانسان ثم ان الوارث اعتق العبد يعد عتقه
وكذا لو جنى العبد يخاطب الوارث بالدفع او الفدا الا انه لو باعه انما لا ينفذ
بيعه لعجزه عن التسليم كالراهن اذا باع المرهون او اعتقه وكما لو ادعى دارا

في يد رجل فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ثم اعتقه جاز عتقه لان العبد
باق على ملكه ولو باعه لا يجوز وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت
مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافيه بقا وابدا الا ان في الصلح لو اجر المدعي
العبد يصح لان الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه يملك خدمته بعقد المعاوضة
فهو كالمستاجر يملك الاجارة وليس للموصى له بالخدمة ان يواجر لانه ملك الخدمة بالتبرع
فنزل المستعير فلا يملك عقد المعاوضة وانما اعتبرت من الثلث وان لم تمنع ملك
الوارث في الرقبة لمنع من الانتفاع بها خدمة وبيعا واجارة حتى يمضي مدة الوصية وانه
تبرع صار في حق الورثة فلا يصح الا في قدر ما استثناه الشرع وهو الثلث فيما
يوجب زوال العين عن ملكهم فكذا فيما يوجب زوال اليد اذ لغو في القدر في الحال مثل ما يوجبه
زوال العين الا ترى ان الغصب يوجب ضمان المغصوب مع بقاء العين على ملكه لزوال
اليد فكما لا يملك الموصي ازالة العين بالوصية عن ملكهم فيما زاد على الثلث
فكذا لا يملك ان يجعلهم ممنوعين بالانتفاع من الوصية فيما زاد على الثلث الا ترى
انه كما لا يملك ابرا الغريم عن الدين الا بقدر الثلث لا يملك التاجيل ايضا
الا بقدر الثلث وهذا لان المقصود من الاعيان المنافع ولهذا يزداد قيمة العين
بزيادة المنافع فكان زوال المنفعة بمنزلة زوال العين ولهذا اعتبرنا قيمة الرقاب
دون المنافع لانه منع الرقاب عن الورثة فكانه اوصى باعيانها وهذا كله مذهبنا
وقال ابن ابي ليلى رحمه الله الوصية بالمنافع باطلة لان الملك في المنافع
لا ينتقل في الميراث بدلالة الاجارة فكذلك لا ينتقل بالوصية ولانه لما مات صار
الملك للورثة فلا يجوز للموصى له ان يستخدم ملك الورثة الا ترى انه لو اعاره
في حال حياته واجر ثم مات قبل مضي الاجل بطلت الاجارة والاعارة فلما كان
العقد على المنفعة يبطل بموته بعد صحته فالذي لم يصح في حال الحياة اولى ان
لا يجوز بعد وفاته الا انا نقول لانه يملك منع الرقبة عن الورثة فيملك
منع المنفعة لانه يملك المنفعة في حياته فكذا بعد وفاته بل اولى لما قلنا
قوله المقصود يملك للورثة قلنا الورثة يملكوا اعتبارا مشغولا بالخدمة لو جعل
الرقبة للموصى له جاز ولو يرثوا الرقبة فالحاصل الخدمة للموصى له ولم يرثوا الخدمة

ايضا بخلاف الاجاره والاعاره لان العقد ثم لحي فاذا مات بطل العقد اما الوصيه
ودعت بعد الوفاه لهذا كالوكل بيلاه في حال الحيوه ثم مات انعزل الوكيل ولو
جعله وكيلا بعد موته جاز ويكون وصيا كذلك لهذا وحرف ـــــــ اخران
الوصيه انما تنفذ بحسب اوحبة الموصي ويحل بمقدارها الثلث اذا عرفنا هذا قال
محمد رحمه الله رجل مات وترك عبدا لا مال له غيره وقد اوصى لانسان بخدمته سنه ولاخر
بخدمته سنتين ولم تجز الورثه فان خدمه العبد تقسم على تسعه ايام يخدم الموصى له
بخدمته سنه يوما والموصى له بخدمته سنتين يومين والورثه سته ايام حتى
يمضى تسع سنين فاذا مضى تسع سنين عاد العبد الى ملك الورثه لان الثلث ضاق عن
واستحقت الوصيتان اما التقسيم بالتهايي ولان القسمه نوعان عين وقسمه ايام
بالتهايى وكلاهما جايزان ثم تعذر قسمه العين لانه لا يمكن ان يخدم ثلثي
العبد للورثه وثلثه للموصى له في وقت واحد فتعين قسمه الخدمه بالتهايى بالايام
فالعبدين مشتركين تقسم خدمته بالايام وهذا استحسان والقياس اى جواز
المهاياه لانها مبادله بجنسها فكل واحد من الشريكين في نوبته على شريكه عوضا
عن منافع الشريك عليه في نوبته ومبادله المنفعه بجنسها باطله كالاجاره
السكنى والزراعه بالزراعه ولهذا لو تهايا في الدار الواحده على الاستغلال
فاغلت نصيب احدهما في نوبته اكثر فذلك الفضل بينهما ولا يجوز المهاياه في غله
العبد الواحد بالاتفاق وفي العبدين لم يجز عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يجوز ولهذا
لا يجوز المهاياه في البان الغنم واولادها الا انا تركنا القياس وجوزنا بالكتاب
والسنه اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياه
واما السنه ما روي ان الرجل الذي خطب تلك المراه بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ـــــ له رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا تصدقها قال نصف ازاري هذا
قال عليه السلام اذا جلست في بيتك يوما تلبسه هي ولبسته نعم ولبسه يوما وخرجت
فيه وهذا تفسير المهاياه ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض
كالاعيان ثم القسمه في الاعيان المشتركه جعلنا مكان التعديل جايزه فكذلك
في المنافع المشتركه ولهذا يجبر القاضي الشركا على المهاياه اذا طلب ذلك بعضهم

واي البعض والذي ابى لم يطلب قسمه العين والاصل ان اختصاص العقد باسم لاختصاصه
بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمه المنافع لما اختصت باسم المهاياه فذلك
دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو ان وصول النصيب احدهما اليه
لسبق وصول الاخر اليه بخلاف قسمه العين ولهذا ليس كالاجاره في جميع
الاحكام لان بعد لستحق منفعه العين العقد وهنا انما يستوفيه كل واحد منهما بجعل
في الحكم كانه منفعه ملكه على ما هو موضوع القسمه من التمييز بمعنى المعاوضه فيها شرعا
وليس في معنى العاريه ايضا لهذا المعنى ولان العاريه لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق
بالمهاياه فمن هذا الوجه يشبه الاجاره الا ان الاستحقاق في الاجاره على معنى ان
هناك لا ينفرد احدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك احدهما فسخ المهاياه بطلب
القسمه لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك بالقسمه والمهاياه خلف
عنه الا ترى انه في الابتدا لو طلب احدهما قسمه العين لم يشتغل القاضي بينهما بالمهاياه
فكذلك في الانتها اذا طلب ما هو الاصل لا يستدام المهاياه ثم العاريه والاجاره
تبطل بموت احدهما والمهاياه لا تبطل لانا لو ابطلنا ها احتجنا الى اعادتها بطلب الحي
والوارث ولا فايده في نقض شي يحتاج الى اعادته في الحال الا ان في الدار الواحده
الفضل بينهما بخلاف الدارين لان في الدارين معنى القسمه والتمييز راجح على معنى
ان كل واحد منهما يصل الى المنفعه والغله في الوقت الذي يصل اليه صاحبه
فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بحقيقه فيسلم
له وفي الدار الواحده كل واحد منهما بمنزله الوكيل عن صاحبه في اجاره نصيبه
في نوبته اذا تهايا على الاستغلال لان كل ما يلون الزمان واحدهما يصل
الى الغله قبل وصول الاخر اليها وذلك لا يكون صفه القسمه فلا بد من ان يجعل
كل واحد منهما بمنزله وكيل صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عما يقبض صاحبه من
عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع ليستويا ويتضح هذا الفرق على ما
ذهب اليه الكرخي رحمه الله ان المهاياه في الدارين بغير القاضي عند ابي حنيفه
رحمه الله ظاهره وعندهما فقسمه الجبر في الدارين لا يجري الا اذا راى القاضي المصلحه
فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما ما رضي به صاحبه وفي الدار الواحده لا تتعيّن

التراضي في المهاياة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود من المهاياة فهو انتزاع الغلة
بفصل الغلة وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الدار ان الاظهر ان القاضي
يجبر على المهاياة عند طلب بعض الشركاء لان القسمة ثم للمنفعة دون العين وعند
الشركاء تتقارب ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية
هناك معتبر والدور تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا تهايا على ان يخدم العبد هذا والعبد الاخر جاز كما لو تهايا
على خدمة عبد بخلاف قسمة العبيد واذا جازت القسمة بالتهايي وتعتبر القسمة
بالزمان لتعذر تجري فيه توفير الحقين وجب القول به ووجب تنفيذها من
الثلث فالوصية بالعين اذ لو لم تجعل الخدمة على ثلثه لحاجته الى الثلث يوما من
ذلك للموصى له ويقسم بينهما على مقدار حقيهما اثلاثا لان حق احدهما ضعف
حق الاخر وقسمة يوم واحد على ثلثه لا يستقيم فانكسر الاثلاث فضربنا ثلثه
في اصل الفريضة وذلك ثلثه فتصير تسعة للموصى له ثلثه منها اثلاثا وللورثة
ستة فاستقام الثلث والثلثان فاذا مضى تسع سنين مضت الوصية فيعاد
العبد الى الورثة رقبة ومنفعة لانه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصية
فان قيل يجب ان تقسم الخدمة بين الورثة والموصى له في السنة على ستة ايام
للورثة اربعة وللموصى له يومان فاذا مضت السنة من يوم الموت بطلت
وصية الموصى له بخدمة سنة فتقسم السنة الثانية بين الورثة والموصى
له سنتين على ثلثه ايام يوم للموصى له ويومان للورثة فاذا مضت السنة
الثانية بطلت الوصية للثانية كما ذكر في المسالة التي بعدها اذا اوصى بها
اذا عين السنة وههنا لان السنة والسنتين وان ذكرنا على سبيل التنكير فالوصية
ينصرف الى السنة التي تلي موت الموصي والسنة الثانية تنصرف الى التي
تلي الاولى كما في الاجارة اذا اجر عبده سهرا بالاربعة وشهرا بالخمسة فاجتمع
في السهر الاول وصيتان فيكون الثلث بينهما فيه على السوا وفي السنة الثانية
وصية واحدة فيكون للثاني خاصة قيل له السنة ذكرت منكرا الا ان
في الاجارة انما انصرفت الى السنة التي تلي الاجارة لا فانى صرفناه الى سنة

منكرة بطلت الاجارة كما لو قال اجرتك هذه الدار سنة من السنتين لا بعينها
بعشرة دراهم الا ترى انه لو قال اجرتك هذه الدار سنة الا يوما ينصرف الاستثنا
الى اخر السنة تصحيحا للعقد لان جهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه اما
في الوصية لو صرفناه الى سنة من السنتين لا بعينها لا تبطل الوصية كما لو نص
وقال اوصيت لك بخدمة هذا العبد سنة من السنتين لا بعينها تجوز الوصية
والبيان الى من يقوم مقام الورثة ولو تعين السنة التي تلي موت الموصي للوصية
فمضى هذه السنة لا تبطل الوصية للموصى له بالخدمة منه بخلاف ما اذا عين السنة
لما ذكرنا ولو خرج العبد من الثلث او اجازت الورثة قسمت الخدمة على ثلثه
للموصى له بالخدمة سنة يوما وللاخر يومان حتى تمضي ثلث سنين ثم يعود العبد
الى الورثة فرق بين هذا وبين المسالة الاولى والفرق ان في المسالة الاولى يجب
قسمة الثلث اولا على ثلثه ثم يجب ضم نصيب الورثة الى ذلك فيصير الكل تسعة
وهنا لا يجب الضم لان العبد يخرج من الثلث فلا حق للورثة فيه ومتى اجازوا
الوصية تعذرت الحق القسمة فيجب القسمة على ثلثه واذا قسم التهايي
ليس للموصى له بالخدمة ان يواجر العبد في نوبته لانه ملك المنفعة بغير بدل
فصار كالمستعير ولو اراد ان يخرج العبد من البلد ان كان يخرج من الثلث او
اجازت الورثة له ذلك وكذا في المهاياة في نوبته وذكر في الاجارات
اذا استاجر عبدا للخدمة ليس له ان يسافر به وذكر في الصلح اذا ادعى دارا
فصالحه على خدمة عبد سنة له ان يخرج العبد من المصر الى اهله وكان الشيخ
الامام شمس الائمة السرخسي الحلواني رحمه الله يقول تأويل ما ذكر في الصلح
ان اهل المدعي اذا كان في بعض القرية من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك
او كان هو على جناح السفر والرجوع الى اهله وقد علم ذلك
المدعى عليه فيصير كانه رضي باخراجه العبد الى اهله لان الانسان
انما يستخدم العبد في اهله وتأويل ما قال في الاجارات انه لم يكن ذلك معلوما
للآجر عند عقد الاجارة فلا يكون هو راضيا باخراج العبد وتحميله خدمة
السفر لان الخدمة في السفر اشق منه في المصر وقال شمس الائمة السرخسي

رحمه الله والذي يرا انا لي من الفرق بين الاجارة والصلح ان في الاجارة مونة الرد على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يعود حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فقد اراد ان يلزم الاجر ما لم يلتزم من مونة الرد اما في الصلح مونة الرد ليس على المدعى عليه لانه بزعمه انه ملكه الخدمة بغير شي فهو كالموصي له بالخدمة مونة الرد عليه دون الوارث والمستعير مونة الرد عليه دون المعير فالمدعي باخراجه الى اهله يلتزم مونة الرد لا ان يلزم المدعى عليه شيا فلهذا كان له ان يخرجه لعلنا اذا كانت الوصية بخدمة سنة بغير عينها فان كانت بخدمة سنة بغير عينها فان كانت بخدمة سنة بعينها بان اوصى لرجل بخدمته سنة سبعين ومائة واوصى لاخر بخدمته تلك السنة وبسنة اخرى وسبعين ومائة ولا مال غيره ولم يجز الورثة فان خدمة العبد يقسم في السنة الاولى على ستة اسهم اربعة للورثة وسهمان للموصي لهما لكل واحد منهما يوم ويقسم في السنة الثانية على ثلثة اسهم سهمان للورثة وسهم للموصى له الثاني لان في السنة الاولى اجتمعت الوصيتان وحقهما على السوا فوقع التزاحم في الوصية لنفس المحل فيكون الثلث على سهمين فيصير الثلثان اربعة فاذا مضت السنة الاولى بطلت الوصية الاولى لفوات محلها وبقيت الثانية فيقسم بينه وبين الورثة اثلاثا كما لو انفردت فاذا مضت السنة الثانية انتهت الوصية الثانية لفوات محلها فيعود العبد الى الورثة وفيه وحده فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة اول الباب والفرق ان الوصية ثمة كانت مرسلة غير مضافة الى وقت بعينه فلا يزاحم في محل العقد ولا حاجة الى الحصر والنقصان الا ترى انه لو ابق العبد بعد موت الموصي حتى مضت سنتان او اكثر لا يبطل وصيتهما فاذا كانت مرسلة ضرب كل واحد منهما من الموصي لهما بقدر حقه في الثلث وحق احدهما ضعف حق الاخر فيقسم الثلث بينهما على ثلثة والثلثان ستة ايضا لا لكل واحد منهما الى تمام حقه اما هاهنا الوصية مضافة الى وقت بعينه فازدحم الحقان في وقت واحد فينتقص حق كل واحد منهما ضرورة ضيق المحل كما لو ازدحما في عين واحد الا ترى ان العبد لو ابق بعد موت

الموصي

الموصي ثم عاد بعض مضي السنة الاولى بطلت الوصية الاولى وبقيت الثانية ولو عاد بعد مضي السنتين بطلت الوصيتان جميعا ويسلم للورثة واذا كانت مضافة الى وقت بعينها فقد اجتمع في سنة سبعين ومائة وصيتان وفي سنة اخرى وسبعين ومائة وصية واحدة ونظير هذه الوصية بالعين متى كانت مرسلة بان اوصى لرجل بدرهم والاخر بدرهمين والوصيتان لا تخرجان من الثلث ضرب كل واحد منهما بجميع حقه في الثلث ومتى كانت الوصية بالعين مضافة بان اوصى لرجل بدرهم ولاخر بذلك الدرهم بعينه وبدرهم اخر والدرهم الذي اجتمع فيه الوصيتان يقسم بينهما نصفين ولا يقسم اثلاثا كذلك هذا ولو كان العبد يخرج من الثلث يقسم خدمة العبد في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين يخدم لكل واحد منهما يوما لاستوا حقهما في السنة الاولى لان وصية الثاني وان كانت بسنتين لكن بنصفه في السنة الاولى بحكم المزاحمة والنصف في السنة الثانية ومتى خرج العبد من الثلث لا يصح حق الورثة الى وصيتهما فيقسم كل العبد هنا كما يقسم ثلث العبد ثمة واذا مضت السنة الاولى سلمت السنة الثانية كلها للاخر فاذا مضت السنة الثانية رجع الى الورثة وكذا ان لم يخرج من الثلث ولكن اجازت الورثة لما قلنا بان يستاجر الورثة والموصى لهما في جميع هذه المسائل في العبد انه يخدمه العبد فالقاضي يفرق بينهم انهم خرجت قرعته سراته بهم في الباقي وانهم وان شا بدا بايهم شا من غير قرعة لان البداية باحدهم واجب لقطع الخصومة وهو طريق اتمام الحقوق وايصال الحق الى المستحق وللقاضي ذلك من غير قرعة لان البداية باحدهم لا يبطل شيا من حق الباقين فكان له ان يبدا والاولى ان يقرع تطييبا لقلوبهم ونفيا للتهمة عن نفسه كما في قسمة الاعيان اذا عدل القاضي الانصباء كان له ان يبدا بنصيب ايهم شا وان اقرع لنفي التهمة كان احوط وليست القرعة لهذا الاثبات الحق بل لنفي التهمة فاستعمال القرعة بالسابق هو احد من نسابه على ما ذكرنا ولو كان منزل او دار لا مال له غيرها فاوصى لرجل بسكناها سنتين ولم يجز الورثة فانه يقسم الدار على ستة اسهم اربعة اسهم وهو ثلثا الدار للورثة وسهمان وهو ثلث الدار

للموصى لهما يسكن كل واحد منهما في السنة الاولى سدس الدار واذا مضت السنة الاولى
يقسم الدار على ثلثة اسهم ليسكن الموصى له بسكنى الدار سنتين ثلثيها والورثة ثلثها
والورثة ثلثاها واذا مضت السنتان يرد على الورثة فرق بين الوصية بالخدمة وبين
الوصية بالسكنى فان ثمة قسمت الخدمة بالتهايؤ بالايام وهنا يقسم عين
الدار والفرق ان الاصل قسمة المحل لتمييز حق كل واحد منهما عن حق الاخر ويتصل
كل واحد منهما الى الانتفاع بملكه في الحال ولا يتعجل حق احدهما ويتاجل حق الاخر ولهذا
لو طلب احد الشريكين التهايؤ وابى الاخر وطلب قسمة العين يجبر القاضي على
قسمة العين فكان قسمة العين فكان قسمة العين بمنزلة الاصل والمهاياة بمنزلة
الخلف عنه وفي العبد لا يمكن قسمة عين العبد حتى يخدم ثلثاه للورثة وثلثه
للموصى لهما في وقت واحد ليصل كل واحد منهما الى حقه في الحال ولا يتقدم
حق احدهما على الاخر فوجبت القسمة بالتهايؤ باعتبار الايام خلفا عن
قسمة المكان لتعذر الاصل اما في الدار يمكن قسمة الدار اذا كانت مما يحتمل
القسمة فلا يصار الى الخلف عند القدرة على الاصل وهذا اولى من
القسمة بالتهايؤ الا ترى ان كل واحد منهما في الدار يطلب حقه في الحال
لامكان الاستيفاء وعند ذلك ينتفي التزاحم فصار ذلك بمنزلة الوصية
بالخدمة في زمان معين اما في العبد لا يمكن لكل واحد منهما استيفاء حقه
في الحال فلا يقع التزاحم فصار وزان مسئلة الدار من العبد ان لو كانت الدار بحيث
لا يحتمل القسمة لمكان صغرها وعند ذلك يقسم سكنى الدار بين الورثة والموصى
لهما بالايام كما في العبد فان قيل اذا وجبت قسمة الدار هنا وجب
ان يقسم اثلاثا بين الموصى لهما الان كما في خدمة العبد لما وجبت قسمة
خدمة العبد قسم الخدمة بين الموصى لهما اثلاثا قيل له انما قسم
اثلاثا لان الموصى فضل احد الموصى لهما على الاخر في الخدمة لانه اوصى لاحدهما بخدمة
سنة مرسلة وللاخر بخدمة سنة وسنة غير منصوص فيها الى وقت بعينه والموصى
له بوصية مرسلة يضرب بجميع حقه في الثلث فيقسم اثلاثا اما في الدار وجبت
قسمة العين لا السكنى ليصل كل واحد منهما الى السكنى للحال وفي العين لم يفضل

الموصى

الموصى احدهما على الاخر لانه لم يوص لهما نعم انما فضل من في السكنى ولا جرم
يفضل احدهما على الاخر في السكنى وهذا الاثر في هذا بيننا اذا كانت السنة
معينة او منكرة ولو كانت الدار تخرج من الثلث واجازت الورثة فان الدار تقسم
في السنة الاولى بين الموصى لهما نصفين وفي السنة الثانية كلها لصاحب
السنتين لذهاب حق الاول وليس للموصى له بالسكنى ان يواجر الدار لما قلنا
في الخدمة ولو اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكنها بنفسه فهذا الفصل لم
يذكر في الاصل واختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال الفقيه ابو بكر الاسكاف
رحمه الله له ذلك لانه لو سكن انما يسكن لاجله وباذنه فاذا سكن بنفسه
كان اجوز وقال الفقيه ابو بكر الاعمش رحمه الله ليس له ذلك لان
فيه ضررا على الميت لانه لو اجرها واخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين
يقضى من تلك الغلة دينه واذا سكن هو بنفسه لا يمكن اداء الدين من الغلة ولا
يجب عليه الغلة لانعدام العقد فيتضرر الميت بذلك ولو اوصى لرجل بغلة عبده
سنة ولاخر بغلته سنتين ولا مال له غيره ولم يجز الورثة استعمل الورثة ثلثي
العبد وكل واحد من الموصى لهما سدسه في السنة الاولى ثم يستعمل صاحب
السنتين ثلثه سنة اخرى لان الوصية بالغلة وصية بالعين لا بالمنفعة والوصية
متى حصلت بالعين يجب قسمة العين اما التهايؤ انما يجب في قسمة المنفعة ولهذا
لان المهاياة في غلة العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق اذا كان العبد مشتركا
فكذلك هنا بخلاف التهايؤ في غلة العبدين عندهما فيها روايتان لان معنى القسمة
والتمييز يترجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت
الذي يصل اليه فيجوز المهاياة في الخدمة وغلة الدارين اما في العبد فمعنى المعاوضة
تغلب لانه يصل احدهما الى الغلة قبل الاخر وفيه معنى الخطر فربما يمرض
العبد في نوبة احدهما وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر
في المعاوضة مبطل بخلاف غلة الواحد لان باعتبار العادة هناك يسلم
الغلة لكل واحد منهما في نوبته فالغالب هناك السلامة فيصح ان المهاياة في
الغلة من وجه كالمهاياة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهاياة

في غلة النخل لان ما يتسلم لكل واحد منهما بعد عين فلشبهه بالمهاياة في الخدمة جوزنا
في العبدين لترجح معنى القسمة فيهما ولشبهه بالمهاياة في غلة النخل ابطلنا
في العبد الواحد وابو حنيفة رحمه الله يقول المقصود من المهاياة سلامة عين
تنشأ من الحيوان فلا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد والمهاياة في
اولاد الغنم والبانها وهذا لان التباين على الاستغلال لو كان يجوز في الرقيق
لكان يجوز في العبد الواحد اولى لان معنى المعادلة والتمييز فيه اظهر منه في
العبدين فاذا لم يجز في العبد الواحد اولى ان لا يجوز في العبدين وهذا لان الادمي
في يد نفسه وربما لا ينقاد في الاستعمال لكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل
ما هو المقصود بنفسه في نوبته او فيما في يد من العبيد وقيل هذه
المسألة بنى على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية وابو
حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر في الرقيق وهما يريان ذلك في غلة الرقيق
ولهذا لا تجوز المهاياة في غلة العبد الواحد عندهم لان القسمة لا تجري فيه
بخلاف المهاياة للخدمة فالمقصود تمليك المنفعة دون المالية فجاز ذلك في العبد
الواحد والعبدين ولذلك لو اوصى لرجل بثمر نخله سنة ولاخر به سنتين فالثمر
في السنة الاولى ثلثاها للورثة وثلثها بين الموصى لهما وفي الثانية ثلثها للموصى
له سنتين وثلثاها للورثة لان الوصية بالثمر وصية بالعين فيجب قسمة
العين ما يحتمل القسمة لوقوع التزاحم فيها وان كان العبد والثمر يخرج
من الثلث واجازت الورثة فالثمر والغلة في السنة الاولى بينهما نصفين
وفي السنة الثانية كلها لصاحب السنتين لما قلنا والوصية في سنة
بعينها وفي سنة بغير عينها لا سوا الا ان التعين قام مقام السبق
في الوجود وفي الوصية بالخدمة نفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة
لانه هو الذي يستوفي منفعته في الحال ليس هذا كالرهن لان منفعة
استيفاء اليد يحصل للراهن لانه لو هلك يسقط الدين فهو نظير العبد
المستاجر يكون نفقته على الاخر بل اولى لان له ان يمسكه الى وقت شا
وكذا لو اوصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر فالنفقة على صاحب الخدمة الا
ان

ان يكون العبد صغيرا فحينئذ تكون نفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة لانه لا
منفعة لصاحب الخدمة في الحال وانما تكون النفقة للنماء والزيادة والنماء لصاحب الرقبة
فتكون النفقة عليه فاذا بلغ حد الخدمة يكون حينئذ على صاحب الخدمة لان
المنفعة يحصل له في الحال وكذا في الوصية بالثمر السقي والخراج وعلاج ما يصلحه
على صاحب الغلة لان منفعته تحصل له الا اذا كانت السقي لا تحمل فالسقي
والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا اثمرت فعلى صاحب الغلة وفي المبسوط
اذا اوصى بغلة داره او عبده في المساكين جاز وكذا للمساكين ابدا اذا كان
ذلك الذي يخرج من ثلث ماله وكذا في الغنم لان المساكين يستحقون الثمن بعقد
الوقف فكذلك بعقد الوصية ولا يجوز ذلك في السكنى والخدمة والركوب
الا لانسان بعينه لان الوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير اما بالخدمة
والسكنى لا يجوز الا لرجل بعينه لانه لا يمكن تنفيذ الوصية الا بعد
نقل العين ولا يبقى العين الا بالانفاق عليها وليس هنا احد يوجب الانفاق اما
الوارث فلانه لا منفعة له في ذلك ولا يجوز ان يستعمل فينفق من عليه لانه
لم يوص بالغلة فكان فيه تبديل الوصية وانه لا يجوز ولا يجب النفقة على
المساكين لاجل الجهالة ولان النفقة تكون بمنزلة العوض عن السكنى والخدمة
والمعاوضة لا يصح مع المجهول بخلاف ما اذا اوصى لرجل بعينه لان من عليه
النفقة معلوم ولو اوصى لرجل بظهر فرسه في سبيل الله تعالى يجوز لان
الموصى له معلوم ولو اوصى بظهرها في سبيل الله لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه
الله ويجوز عند محمد رحمه الله لقوله عليه السلم اما خالد فقد حبس ادراعه
وافراسا في سبيل الله ولانه نوع من الاعداد للجهاد وقال الله تعالى واعدوا لهم
ما استطعتم من قوة الاية ولانه تمليك ماله للتبرع ولابي حنيفة رحمه الله
ما ذكرنا ان هذه وصية لا يمكن تنفيذها على ما ذكرنا ولم يذكر قول
ابي يوسف رحمه الله فقيل انه مع محمد رحمه الله وهكذا ذكر في شرح
الكرخي رحمه الله وقيل هذه فرع مسألة الوقف ان عند ابي حنيفة رحمه
الله لو جعلها وقفا في حالة الحياة لا يجوز فكذا اذا اوصى وعندهما لو جعلها

في حالة الحيوة تجوز فكذا في الوصية وفي شرح الكرخي رحمه الله اذا اوصى بسكنى
الدار او غلة العبد او ظهر الدابة لانسان بعينه فعندهما يستغل ابدا
من عليه واجرنا ذلك مجرى الوقف انه يجب ان يبدأ بعمارته على سبيله وان
لم يذكرها الواقف وفي الدار اذا استرمت تستغل العامر في عمرتها فاذا استغنت
سلمها الى الموصى له كما في الوقف ولو اوصى لرجل بغلة بستانه ولاخر برقبته
وهو ثلث ماله فالرقبة لصاحب الرقبة والغلة لصاحب الغلة ابدا ما بقي كما
في الخدمة فاذا مات يسلم لصاحب الرقبة وهذه المسائل في وجه يقع على
الابد ولم يذكره وهو ان يوصي بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة
عبده ويعتبر خروج البستان او الارض او الدار او العبد من الثلث لان
اسم الغلة يقع على الثمرة وغيرها فلاجل العموم تناول الموجود وغيره وفي
وجه يقع على الموجود ولا يقع على الحادث ذكر الابد او لم يذكر وهو ان
يوصي بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع ان
كان على ظهورها صوف او في بطنها ولدا او في ضرعها لبن يوم موت الموصي
جازت الوصية والا فلا لان الموجود عين يملكها الموصي وانما لا يجوز بيعها
لما في تسليمها من الخطر والجهالة وذلك لا يمنع صحة الوصية واما ما حدث
من الولد واللبن والصوف قال محمد رحمه الله كان القياس يكون كالثمرة
فاما ان تبطل الوصية فيهما لان كل واحد منهما عين معدومة ولهذا ما له الا انهم
استحسنوا فقالوا اذا اوصى بثمرة نخله ولا ثمرة فيه استحق الموصى له الثمرة
التي تحدث لان الثمرة والمنافع يجوز ان تستحق بالوقف والمعاملة فجاز ان تستحق
بالوصية لان كل واحد منهما عقد يصح مع الخطر بل اولى لان الوصية اوسع بابا
اما اللبن والصوف والولد المعدوم فلا تستحق بعقد ما فكذا في الوصية
لان القياس يأبى جواز الوصية بالمعدوم لانه ليس بمحل للملك حال موت
الموصي وما يحدث يحدث على ملك الوارث لا يستولد من اصل مملوك الا انا
جوزنا فيما للاستحقاق فيه اصل في الشرع فبقي في غيره على اصل القياس والموجود
من هذه الاشياء يجوز تمليكها بعقد البيع تبعا وبالخلع قصدا فجاز بالوصية

ولان الوصية انما تجوز في شيء يجري فيه الارث او فيما له نظير من العقود
حالة الحيوة والثمرة نحو لا يدخل تحت الميراث ولا نظير له من العقود بخلاف
الغلة لان له نظيرا من العقود وهي المعاملة والاجارة والسكنى والخدمة له نظير
من الاجارة والعارية وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى بسعف نخل له
لرجل اجزت ذلك وقطعت السعف ولو اوصى برجل شاة ابطلت الوصية
لان السعف يستحق بالبيع فيستحق بالوصية ورجل الشاة لا يستحق بعقد
ما فكذا بالوصية ولان تسليم السعف ممكن وتسليم عضو من الشاة غير
ممكن وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث جميعا اذا اوصى بثمرة
بستانه ابدا وان لم يذكر الابد ان كان في وقت الموت ثمرة موجودة يقع على
تلك الثمرة وان لم يكن فالقياس ان تبطل الوصية لان الثمرة اسم خاص فصار
كاللبن والولد وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له فاذا مات
بطلت الوصية ولا يورث اما اذا ذكر الابد يقع على الموجود والحادث
لان لها نظيرا من العقود وهي المعاملة فاذا قال ابدا علمنا انه اراد به الموجود
والحادث ولان الوصية عقد استخلاف كالوراثة فاذا قال ابدا استحق المعدوم
بحكم الخلافة كالوارث وان لم يقع على الموجود وقت الموت لان الثمرة اسم خاص
يراد بها الموجود عرفا فلا يتناول الحادث الا بدليل كما اذا قال في صحته
ثمرة بستاني لفلان انصرف الى الموجود وقت الاقرار واذا لم يتناول الموجود
لا يتناول الحادث لانه اسم للموجود حقيقة والمعدوم يتناوله الاسم
مجازا فلا يجوز الجمع بينهما وان لم يكن في البستان ثمرة فالقياس ان يبطل
الوصية لما ذكرنا وفي الاستحسان يقع على الحادث ابدا لانه احتمل
انه اراد الموصي الثمرة في المستأنف فلو صرفنا وصيته الى ذلك صحت
والوصية اذا احتمل الصحة والفساد حملت على الصحة كما لو اوصى لولد
فلان وليس لفلان ولد ان كانت الوصية لولد ولده كذلك هنا بخلاف الصوف
ونحوه لان هناك لو اراد به الحادث لا يقع عليه كما لو نص عليه فلما لم
يكن له وجه الصحة لا يحمل عليه ولهذا صرفنا الوصية بالغلة الى ما يوجد

ابدا ولانه اسم لما يوجد على التعاقب والترادف بقاء غلة الدار وغلة الحانوت
ويراد به ما يوجد وقت بعد وقت فعند الاطلاق ينصرف الى الحادث والموجود
ولو اوصى لرجل بغلة ارضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر
ويكون له ثلث الغلة وان كان فيها شجر اعطي ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة
يقع على الثمر والاجر فاذا كان فيها ثمر انصرف اليه لان الغلة في الحقيقة
اسم لما يخرج وان لم يكن فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير فان
قيل لم لا يزرعها اذا لم يشتغل بزرعها اذا لم يكن فيها شجر قيل له لانه لو زرع
استفاد ملك الخارج ببذره وهو انما اوصى له بغلة ارضه لا بغلة بذره فاذا مات
صاحب الغلة بطلت الوصية كما في الخدمة والسكنى بخلاف ما اذا اوصى
له بالثمر فطلعت الثمرة وصارت قائمة ثم مات الموصى له حيث صار ميراثا
عنه لان الثمر اذا ادركت فقد ملكها الموصى له وصار بحال لو باعها يجوز
بيعه فينتقل الى وارثه بخلاف الغلة والخدمة رجل اوصى بثلث ماله لرجل
ثم قال اشركت فلانا معه في الثلث او ادخلته معه فالثلث بينهما نصفان
لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فيما اضيفت اليه الشركة ولهذا تحمل
الدالة على الاستواء في اولاد الام في الميراث لقوله تعالى فهم شركاء في الثلث
ولهذا لو اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك
معهما كان له ثلث ما اوصى لكل واحد منهما تحقيقا للتسوية بينهم وقد
امكن القول بالتسوية من الرجوع عن نصف ما اوجب للاول فصار
راجعا عن وصية الاول بقدر نصف الثلث موصيا بذلك للثاني وهو يملك
ذلك وكذا قوله ادخلت لانه ادخل الثاني في الثلث ولم يفضل احدهما
على الاخر فكان الثلث بينهما نصفين ولو قال بعد ذلك لثالث اشركتك
معهما او ادخلتك معهما في الثلث كان الثلث بينهم اثلاثا ويكون راجعا
عن ثلث ما اوصى لكل واحد منهما فرق بين هذا وبين البيع فانه لو اشترى
عبدا وقبضه ثم قال لاخر اشركتك في هذا العبد يكون شريكا بالنصف
منه بنصف الثمن تحقيقا للتسوية ولو قال لثالث اشركتك في هذا العبد

ان علم الاخر بشركة الاول فله نصف نصيب الذي اشركه وهو ربع العبد
وان لم يعلم فالاول نصفه ونصفه للاخر ولا شيء للمشتري والفرق ان في البيع الاشتراك
معهم لا يتحقق الا بفسخ البيع لان ذلك لا يمكن الا بالرجوع عن بعض ما باع وانه غير
ممكن لوقوعه لازما وفي الوصية الرجوع ممكن لعدم لزومها فصار قصد الا
شتراكه معهما رجوعا عن بعض ما اوصى لهما اما الفرق بين العلم وعدمه في
البيع انه اذا علم كان قصده الشركة فيما هو ملكه وملكه نصفه فوقع على النصف
فيشاركه وان لم يعلم فالاشتراك اضافه الى العبد فقوله ظاهرا اذ يكون
له نصف الكل ولو ان عبدا بين رجلين قال احدهما لرجل اشركتك في هذا العبد ولم
يجز صاحبه يكون نصيبه بينهما نصفين قال ابو يوسف رحمه الله وليس
هذا كالبيع لانا لو جعلنا نصيبه كله له ذهبت فائدة الشركة لان الاشتراك
منه انما يتصور فيما هو مملوك له والمملوك له النصف فيكون له الربع نصار
نظير الوصية مع البيع اذا قال رجل لاخر اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال
نعم ثم لقيه اخر فقال اشتر بيني وبينك فقال نعم ثم لقيه ثالث فقال مثل
ذلك ثم اشترى العبد بين الامرين الاول ومن الامر الثاني ولا شيء للثالث
ولا للمشتري لان الوكالة بشراء شيء بعينه لا يملك المشتري لنفسه
ولا يملك اخراج نفسه بغير محضر من الموكل فالبيع ولو قال الثالث بحضرة
محضر من الاول والثاني كان العبد بين المشتري والثالث نصفين ولا شيء
للامر الاول والثاني لانه قد رد الوكالة عليهما لانه متى كان بمحضر من الكل
صار رادا للامرين وهو يملك ذلك بحضرتهما فصار كالوصية من حيث
انه يملك الرجوع واذا رد امرهما صار مشتريا لنفسه مع الثالث فان
قال بعد ذلك في مثله الوصية ابدا او اما الاول فالاول لا يعطونا للثاني
شيئا حتى يستكمل الاول وصيته ولا يعطوا للثالث شيئا حتى يستكمل
الثاني وصيته لا يلتفت الى قوله ويكون الثلث بينهم اثلاثا لانه انما يبدأ
من امر الموصي ما ينفذ والامر بالبداية مما لا ينفذ لانه قد وقعت الشركة
بينهم في الثلث وبالامر بالبداية لم يصر راجعا عن وصية احدهم ولم يرد

نصيب احدهم فكان هذا مستثنى في حق الغير وانه باطل ولانه لو افـاد
انما يفيد اختصاص الاول بما ينفى لو هلك الثاني لا يحصر به لان الثلث صار
مشتركا بينهم فاذا لم يفد شيئا وجوده وعدمه سواء وفي شرح الكرخي رحمه الله
اذا اوصى بعبده لفلان ثم قال بعد ذلك اوصيت بخدمته لفلان فهو رجوع في الخدمة
وهو بمنزلة قوله العبد لفلان وصيته وخدمته لفلان وكذلك الخاتم والحمل
اذا اوصى بالخاتم لرجل ثم اوصى بفصه لاخر او اوصى بالجاريه لرجل ثم بحملها
لاخر لان الموصي يملك الرجوع عن جميع وصيته فيملك عن بعض ما اشتملت
عليه فكان الثاني رجوعا عما يستحقه الموصى له الاول بحكم ملكه ولو اوصى
لصاحب الخدمة بالعبد بعدما اوصى له بخدمته او بالامة بعدما اوصى له
بولدها او لصاحب الفص بالخاتم فالعبد بينهما نصفان وخدمته بينهما
نصفان وكذا الامة وولدها بينهما وكذا الخاتم والفص لانه لما اوصى لاحدهما
بالرقبه اتصلت الوصية بالرقبة سوا بعدما فلما اوصى لاخر بالجميع اوصى
له بالاصل صار كانه اوصى لكل واحد منهما بالاصل عما نفعها وايضا ان
ولان الموصى له بالخدمة انما يتفرد عن صاحب الرقبه لان كل واحد موصى
له بالابنيا وله وصية الاخر فاذا ضم الى صاحب الخدمة الرقبه صارت
المنافع تابعه لوصيته فيسقط حكمها وصار كانه اوصى لكل واحد منهما
بالرقبه بخلاف ما اذا اثبتنا الخدمه لانه لما اثبتها به او الولد ثم اوصى لاخر
فلما انفصلت الوصية الثانية الاصل والنما فصار النما موصى به كما
كان بينهما والرقبه لصاحب الرقبه خاصة وان اوصى للثاني بنصف
العبد فتتم العبد بينهما اثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى
له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف لانها تبعت الوصية
وبقيت وصيته في النصف الاخر بحالها قال ابن سماعة رحمه الله ثم رجع ابو يوسف
رحمه الله عن هذا فيما ذكر لي قال اذا اوصى بالعبد لرجل وبخدمته لاخر
ثم اوصى برقبته لصاحب الخدمة كان العبد بينهما والخدمة كلها للموصى
له بالخدمة لانه لما صح افراد واحد منهما بالوصية والثاني موصى له بالرقبه وبالخدمة
على الانفراد فافراد الخدمة لنفسه خرج عن وصيته الاول فيستحق الثاني
نصف العبد لثبوته في الوصيه وانفرد بالخدمة فيستحقها ولو اوصى بما في
بطن جاريته لرجل ثم بالجاريه لرجل اخر والولد لهذا لان اسم الامة لا يتناول
الحمل وانما يستحق على وجه التبع فاذا افرده لم يستحقه صاحب الرقبه ولو اوصى
بامه يخرج من الثلث واوصى لاخر بما في بطنها واوصى لها بها ايضا للذي اوصى له
بما في البطن قال ابو عبد الله روي عنه انه قال الامة بينهما والولد كله للذي
اوصى له به خاصة لما بينا ان البنا واوصلت في الرقبه بينهما وانفرد صاحب
الولد بالوصية به فما ثبتا في حق بينهما وما انفرد لاحدهما فهو له خاصة ولو
اوصى بالدار لرجل وبيت منها بعينه لاخر فان يختص وكذا لو اوصى بالف
بعينها لرجل ومايه لاخر كانت تسعمايه لصاحب الالف والمايه بينهما نصفان
في قياس قول ابي حنيفه رحمه الله واما في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى
احد عشر لصاحب المايه جزء من احد عشر في المايه ولصاحب الالف عشرة
في جميع الالف وكذلك الدار والبيت لان الدار اسم لجميع البيوت فوصيته
الاول تناول البيت من طريق الطرح فاذا اوصى به للثاني وكل واحد منهما
موصى له بصريح الوصية فاشتركا فيه وكذلك الالف عبارة عن كل مايه منها
بصريح الوصيه بالمايه موصى بها لصاحب الالف ولصاحب المايه فكانت
بينهما واما الكلام في كيفية القسمة فلان عند ابي حنيفة رحمه الله من لا يدلي
بسبب صحيح لا يضرب الا بقدر ما يستحقه بالمزاحمه وعندهما يضرب كل واحد
منهما بجميع حقه فيضرب هذا بكل الالف وهذا بسهم منها فيكون على احد
عشر ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وبنيانا له لاخر كان بينهما لخصوص تعيين
البنا لان البيت لا يسمى بيتا الا بالبنا فوصيته الاول قد تناولت البنا
بالطرح فيثبت حق الموصى له بالبنا وليس هذا كما لو اوصى بالدار للاول وللاخر
ببنائها انهما لا يشتركان في البنا لان الدار اسم للعرصة فلم يتناول
وصية صاحب الدار البنا من طريق الطرح فكان للاول العرصة وللثاني
البنا وليس للاول فيه شي كنص الخاتم ؛

باب من الوصايا التي يرجع في بعضها

الاصل في الباب ان الوصيه اخت الميراث لانها تجب بالموت كالميراث فيجب اعتبارها بالميراث ما امكن والمال اذا اضيف الى جماعة يراد به الايجاب لهم على السوا كما في اولاد الام في الميراث والبيع والاقرار وغيرهما من التصرفات الا اذا بين نصيب احدهم فيكون ذلك بيانا ان الباقي للاخر كما في قوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث فان الثلث للام والباقي للاب كما في قوله تعالى فان كانوا اخوة فلامه السدس فان للام السدس والباقي للاخوة ويكون هذا بيانا مغيرا فيصح فيما لا يدوم يبدا لتغيير موصولا لان ان لو فصل لا يصح فيما لم يبدا يبدا لتغيير الا بشرط الاتصال كالاستثنا والتعليق وتعذر لنا هذا حرف

اخر ان الرجوع عن الوصيه صحيح وكما ملك الموصي الرجوع عن جميع الوصيه ملك الرجوع عن البعض اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان الوصيه تمليك بعد الموت وتمامها بالموت ولهذا لا يعتبر الرد والقبول قبل الموت ولا اجازة الورثه وردهم قبل الموت فصارت الوصيه في حالة الحيوة كاحد شطري العقد واحد شطري العقد قبل اتصال الشطر الاخر به قابل للرجوع في سائر العقود فكذا في الوصيه ولانها تبرع قبل اتصال القبول به والتبرع بعد اتصال القبول به قابل للرجوع فقبله اولى والوصايا على اربعة اوجه منها ما يملك الرجوع عنها قولا وفعلا كالوصيه بعين من اعيانه اذا قال رجعت عن الوصيه صح وان باعها بطلت الوصيه وكذا كل فعل يوجب تبدل العين مثل ان يوصي بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غزله او بحديد ثم اتخذه او بحديد ثم صنع منها الما او سيفا ونحوه ثم صاغ منها حليا ونحو ذلك وهذا لانه يجبر من يفسد العقد من ابطاله فاذا فعل ما يدل على الابطال قام مقام قوله ابطلت كالبيع بشرط الخيار اذا فعل من له الخيار ما يدل على ابطاله حتى يبطل فكان فعل لو فعله الانسان في ملك غيره يسقط حق المالك عن العين فاذا فعله الموصي كان رجوعا لان تعلق حق المالك فيه اقوى من تعلق الموصى له بالموصى به فاذا كان هذا الفعل يبطل حق المالك فلان يبطل حق الموصى له اولى وكل فعل

لو فعله في غير الملك لا يسقط حق المالك ينظر ان اتصلت بالعين زيادة لا يمكن تسليم العين الا بها كالسويق اذا لته بسمن يكون رجوعا لان السمن زيادة من مال الموصي لم يدخل في الوصيه ولا يمكن تسليم احدهما دون الاخر فتعذر تسليم العين الموصى بها بفعل الموصي فبطلت وكذا اذا بنى في الدار لانه بنى في ملكه ولا يجوز ان يكلف نقضه ولا يمكن تسليمها دون البنا لم يستحق بالوصيه وكذا اذا اوصى بقطن ثم حشى به او ببطانة ثم بطن بها قبا او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا لانها اتصلت بما لم يتعلق به الوصيه والنقض غير مستحق وكذا لو اوصى بشاة ثم ذبحها لانه تصرف في العين الموصى بها ويستدل به على الرجوع وهذا لان الملك بالوصيه يقع بعد الموت والشاة المذبوحة لا تبقى في العادة فدل على الرجوع ولانها لا تصلح بعد الذبح لما كانت تصلح قبله فتغيرها دلالة الرجوع واذا اوصى بقميص ثم نقضه وجعله قبا فهو رجوع بل اولى لانه جعل الثوب قبا يكون رجوعا فالنقض والخياطة اولى اما اذا نقضه ولم يخطه قال في شرح الكرخي رحمه الله يحتمل ان يقال ليس برجوع لان العين باقية تصلح لما كانت تصلح قبل فلا تنقض الوصيه كما قالوا في نقض بنا الدار ولو اوصى بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او هدمها فليس برجوع لان الفعل ليس بتصرف في عين الثوب بل هو ازالة الوسخ لا يتعلق به الوصيه وكذا التجصيص ليس بتصرف في نفس ما اوصى به لان البايع والتصرف في البيع لا يسقط الحق عن المبيع وكذا نقض البنا لان البايع للوصيه والعقد وقع على الاصل والبيع مزيل لملك الموصي وبه تبطل الوصيه في ملك الغير فلم يبق ولا يعود بالشرى الا بالوصيه مستقبلا واذا اوصى به لغيره لا يكون رجوعا ويكون بينهما لانهما تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق ولان الوصيه قابله للاشتراك فالمكان الثانيه دلالة الرجوع لاحتمال الاشتراك الا ان يذكر الوصيه الاولى عند الوصيه الثانيه وانه ابتدا الثانيه فيكون رجوعا ولو ذكر الثانية بحرف العطف يكون رجوعا في البعض ومنها لا يقبل الرجوع قولا وفعلا كالتدبير المطلق لان التدبير المطلق اعتاق بعد الموت فكما لا يملك الرجوع عن العتق المنجز

لا يملك الرجوع عما هو سبب العتق ومنها ما يملك الرجوع قولاً ولا يملك الرجوع
فعلاً كالموصية بثلث ماله اذا قال رجعت عن الوصية صح ولو باع جميع ماله لا يبطل
الوصية حتى لو استفاد مالاً اخر كانت الوصية باقية وكذا اذا اوصى به لغيره
لما قلنا ومنها ما يملك الرجوع فعلاً لا قولاً كالتدبير المقيد فانه لا يملك الرجوع
عنه قولاً ويملك الرجوع فعلاً بان باعه اذا عرفنا هذا قال ــــــــ محمد رحمه الله
رجل قال قد اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان منه بمائة ولفلان خمسون
ثم مات وثلث ماله يهي بين صاحب المائة وصاحب الخمسين اثلاثاً لما قلنا فالثلثان
المائة وثلثها لصاحب الخمسين ولا شي للاخر لانه يقدر هذه الوصية كانه قال
اوصيت بمائة من ثلث مالي لفلان وبخمسين من ثلث مالي لفلان وبما بقي من ثلث مالي
لفلان لان صدر كلامه اقتضى ان يكون الثلث بينهم اثلاثاً لانه اضاف الثلث
اليهم على السوا فكان موصياً للكل واحد بثلث الثلث الا ترى انه لو اقتصر عليه
كان بينهم اثلاثاً ويحتمل ان يكون مقتضاه التفاوت لان الشركة بين الرجلين
في الشي قد يكون متساوية وقد يكون متفاوتة وان كان الاصل التساوي فاذا
بين التفاوت وهو محتمل لفظه والوصية قابلة للرجوع يكون رجوعاً عن بعض
ما اوجب لاحدهما الى الاخر ويحتمل عن الكل باذا استن نصيب الثالث كان بياناً دلالة
ان للثالث ما بقي من الثلث بعد وصيتهما فيصير الاول والثاني بمنزلة صاحب
الفرض في الميراث والثالث بمنزلة العصبة اعتبار الوصية بالميراث وفي
الميراث اذا اضاف المال الى جماعة من الورثة ثم بين نصيب احدهم كان من
الشرع بياناً دلالة ان الباقي نصيب الاخر على ما ذكرنا واذا صار بتقدير الوصية
ما ذكرنا ولو صرح بذلك كان الحكم ما ذكرنا لان كل واحد منهما صار بمنزلة الوصية
بمال المرسل فيصرف كل واحد منهما بجميع حقه في المال بمنزلة اصحاب الديون فكذلك
هذا ولو كان ثلث ماله ثلثمائة كان للاول مائة وللثاني خمسون والمائة والخمسون
الباقية للذي لم يسم له شيئاً لان بتقدير الوصية كان ما ذكرنا ولو صرح بذلك
وكان ثلث ماله ثلثمائة يعطى الموصى له بالمائة مائة والموصى له بالخمسين خمسين يستوفيه
الكل والباقي لم يسم له ولو قال بثلث مالي لفلان وفلان لفلان منه مائة ولفلان منه
خمسون فان كان ثلث ماله اقل من مائة وخمسين فهو بينهما اثلاثاً بالصرف
الكل لما ذكرنا وان كان ثلث ماله ثلثمائة فلصاحب المائة مائة وللاخر خمسون
وما بقي وهو مائة وخمسون بينهما نصفان فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة اول
الباب فان ثمة ما بقي من الثلث لم يكن بين صاحب المائة وصاحب الخمسين والفرق
ان ثمة اضاف الوصية الى الثلاثة ثم بين نصيب اثنين وسكت عن نصيب الثالث
والسكوت عنه بمنزلة التنصيص على ارادة الباقي ولو ان كذلك كان كله له ولا يكون
بينهما كذلك هنا اما هنا اضاف الثلث الى اثنين على السواء ثم بين لكل واحد منهما
دراهم معلومة لا يأتي جاز لهما على جميع الثلث فكان الباقي بينهما من الثلث نصفين
لتثبت التساوي بينهما في الثلث بمقتضى صدر الكلام الا فيما فضل فيه احدهما على
الاخر لانه نص على التعدد التفصيل في بعض المال وانه لا يوجب التغير في
الكل ونظيره ما قال في الاقرار اذا قال هذه الالف لفلان وفلان لفلان منها اربعمائة
ولفلان ثلثمائة موصولاً بما قال كان للاول اربعمائة وللثاني والثلثمائة الباقية بينهما
نصفان الا ان في الاقرار يشترط الوصل لان الرجوع عنه لا يصح وصدر الكلام
يقتضي التسوية وهنا لا فرق بين الوصل والفصل لان الوصية قابلة للرجوع
فرق بين الوصية والميراث بان في الميراث ما فضل عن سهام ذوي السهام عند
عدم العصبة يرد عليهم بقدر سهامهم ولا يكون بينهم بالتسوية وهنا يقسم بينهما
بالتسوية والفرق ان ثمة الاستحقاق للزيادة بالقرابة كما ان استحقاق اصل
الفريضة بالقرابة لانه اذا فضل منهم شي ولم يكن ثمة عصبة يجب رده الى
اولى الناس به وهم اقرباؤه كما يصرف الى ذوي الارحام واقرب الناس هؤلاء
والشرع جعل هذه القرابة سبباً للاستحقاق في الميراث متفاوتة في اصل الفريضة
فكذا فيما زاد عليه اما هنا الاستحقاق بايجاب الموصي وصيغة الايجاب تقتضي
التساوي بينهما والتعدد في حق البعض بالتنصيص عليه فبقي الباقي
على الاصل ولو قال ثلث مالي لعبد الله وزيد وعمرو ولعمرو منه مائة وثلث
ماله مائة فالمائة كلها لعمرو ولا شي لعبد الله وزيد لانه لما بين نصيب عمرو
صار هو بمنزلة صاحب الفرض وغيره بمنزلة العصبة فاذا لم يبق شي فلا شي للاول

شيء لم يبق بحل حقهما فبطل حقهما ضرورة ولو كان لثمانمائة وخمسون من زيد وعبد الله نصفان لانهما صاحبا الثاني وقد اضاف اليهم على السوا الا ان المعتبر وجد في حق غيرهم وبقي الثاني على الاصل ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال الثاني الذي اوصيت بنصفه لفلان فالثلث بينهما نصفان وكذا لو قال الثلث الذي اوصيت به لفلان فقد اوصيت بنصفه لفلان او فقد اوصيت بنصفه لفلان اما الاول فلانه سمى الوصية واستانف بالوصية بنصفه ولا يكون نصفه للثاني الا بالرجوع عن الاول واما قوله فقد او فقد فلانه سمى الاول واستانف بالثاني لان فقد للاتساع والابلاغ في الاستئناف فكان رجوعا الا ترى انه لو قال ذلك في الكل بان قال الثلث الذي اوصيت به لفلان او فقد اوصيت به لفلان او فقد اوصيت به لفلان او ففقد اوصيت به لفلان كان رجوعا عن الاول والكل للثاني ولو قال الثلث الذي اوصيت به لفلان وقد اوصيت بنصفه لفلان لم يكن رجوعا عن النصف ويكون الثلث بينهما اثلاثا لانه ما رجع عن الاولى بل قررها بجعل الوصية الثانية عطفا على الاولى والعطف يقتضي تقرير المعطوف عليه لا تغييره فتبقى الوصية للاول بالثلث وللثاني بنصف الثلث فيقسم بينهما على قدر حقهما كما لو اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس الا ترى انه لو قال ذلك في الكل بان قال الثلث الذي اوصيت به لفلان وقد اوصيت بجميعه لفلان لم يكن رجوعا عن الوصية للاول لكن ضم الوصية الثانية الى الاولى حتى كان الثلث بينهما نصفين فكذا اذا قال اوصيت بنصفه لفلان وانما كان كذلك لانه متى قال الثلث الذي اوصيت به لفلان فقد اوصيت به لفلان صار قائلا جميع ما اوصى به الى الثاني لان قد بغير واو انما تستعمل في موضع الرجوع يقول اوصيت لفلان بثلث مالي ثم يقول فقد رجعت عنها او فقد رجعت عنها ومتى قال وقد اوصيت لفلان فهذا يستعمل في الضم لان قد مع الواو لا يستعمل للنقل فانه لا يقال اوصيت بثلث مالي لفلان وقد رجعت عنها وانما يقول رجعت عنها فكان للضم وانما ذكر محمد رحمه الله هذا على سبيل الاستشهاد انه لما اوصى لفلان بثلث ماله ثم سمى لاخر

ثانيه فكانه رجع عن وصيته الاخرى وكذا لو كانت الوصية بالعبد فقال العبد الذي اوصيت به لفلان او فقد اوصيت به لفلان او فقد اوصيت به لفلان وهذا اذا سمى الوصية الاولى اما الموصى به ولم يسم الوصية الاولى بان اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى لرجل اخر او اوصى بعبد لرجل ثم اوصى به لاخر وهو يخرج من الثلث فالعبد بينهما لانه اوصى لهما لكل واحد منهما بجميع العبد ولهذا لو رد احدهما الوصية كان الكل للاخر الا ان بحكم التضايق عن حقهما يقضى بينهما لاستوائهما كما قلنا في دار بيعت ولها شفيعان ثبت لكل واحد منهما حق الشفعة على سبيل الكمال الا انه يقضى بينهما لضيق المحل فكذا القصاص اذا قتل عمدا ثبت لكل واحد منهما القود في الكل لكن بضيق المحل يكون بينهما وكذا التركة المستغرقة بالديون اذا كانت لا تفي بالكل في شرح الكرخي رحمه الله قال ابن رستم عن محمد رحمه الله لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك ستبرا فاخر الوصية فقال اخرتها فليس هذا برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع لان التاخير ليس باسقاط وترك اسقاط الا ترى انه لو اخر الدين او حبسه كان للتاجيل ولو تركه كان ابراء الا ترى انه لو قال تركت شفعتي لهذه الدار كان اسقاطا للشفعة ولو قال تركت البيع كان اقالة وفي العيون رجل اوصى لرجل من جيرانه بمائة درهم ثم اوصى لجيرانه بما قال محمد رحمه الله ينظر فيما اوصى لهذا وفيما نصيبه مع الجيران فيبطل الاول في الاكثر لان المائة اذا كانت اكثر فانه يستحق باسم الجيران مع الوصي بعين المائة ولا يستحق شيئا اخر واذا كان يستحق مع الجيران اكثر يكون رجوعا عما سمى له بتشريكه مع الجيران كلهم ولو ان رجلا اوصى لرجل بمائة درهم ثم اوصى له بثلث ماله قال محمد رحمه الله ما كان من شيء الدراهم فللموصى له الثلث من ذلك ولو اوصى لرجل بمائة درهم واوصى له الاخر ولاخر بالف درهم فهذا احسنهما وتدخل المائة فيه لان في الاول يجب له المائة من الدراهم فانصرفت الوصية بالثلث الى جانب الدراهم من الاموال وفي الباقي الوصية الاولى والثانية حصلت بنوع مال وهو الف درهم فيبطل الاول في الاكثر

باب الوصايا بالنفقة

اصل الباب ان الوصية بالنفقة الدائمة لشخص ما عاش الموصى له كل شهر او
كل يوم مالا مقدرا مضافة الى الموصي مطلقا او غير مضافة الى ماله غير مقدر
بالثلث بمنزلة الوصية بجميع المال معنى لجواز ان يطول عمر الموصى له فيستغرق
النفقة جميع ماله والوصايا بانفاذها من الثلث فيتوقف على اجازة الوصية
كالوصية بجميع المال صورة ولفظا وعند الاجازة يقسم عند اجتماع الوصايا
بين الموصى له بالجميع وبين الموصى له بالثلث على طريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما على طريق العول والمضاربة وان لم يجيزوا انقسم بينهما على طريق
العول ولا تبطل وصيته فيما زاد على الثلث في حق الضرب وان بطلت في
حق الاستحقاق وعند ابي حنيفة الثلث بينهما نصفان لبطلان وصيته
فيما وراء الثلث ضربا واستحقاقا واما اذا كانت الوصية بالنفقة مضافة الى
ثلث ماله كانت بمنزلة الوصية بثلث المال فلا يتوقف على الاجازة ولا يعطى
له زيادة على الثلث اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل
اوصى لرجل بثلث ماله واوصى ان ينفق على فلان ما عاش في كل شهر خمسة
دراهم فاجازت الورثة فللموصى له بالثلث سدس المال كاملا ويوقف خمسة
اسداسه على الموصى له بالنفقة ينفق عليه كل شهر خمسة ولا يعطى له
لانه ما اوصى له بذلك وانما اوصى له بادرار النفقة عليه فاشبه الامر
بالانفاق عليه من ماله في حال حياته وهذا على قياس قول ابي حنيفة رحمه
الله اما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم المال بينهما ارباعا بطريق
العول والمضاربة ويسلم الربع للموصى له بالثلث ويوقف ثلاثة الارباع
لصاحب النفقة ولهذه المسئلة فرع المسئلة ذكرها في المبسوط اذا اوصى
لرجل بجميع ماله ولآخر بثلث ماله واجازت الورثة فعند ابي حنيفة رحمه
الله يقسم جميع المال بينهما على ستة اسهم على سبيل المنازعة وعندهما
على اربعة اسهم على طريق العول والمضاربة وما ذكرنا عن ابي حنيفة رحمه
الله من القسمة على ستة غير منصوص عنه انما المنقول عنه انه يقسم

بطريق المنازعة فقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله قياس قوله يقسم كذلك
لانه لا منازعة على صاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيسلم ذلك لصاحب
الجميع واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما قال الحسن بن زياد رحمه الله هذا
خطأ والصواب ان يقسم المال بينهما ارباعا بطريق المنازعة وبيانه انه
بدأ بقسمة الثلث فان حقهما فيه على السواء والوصية بالثلث اقوى وقد
اتفقا على شركتهما فيه فكانت البداية به اولى ثم يأتي الى الثلثين فيقول
كان لصاحب الثلث سهمين من ستة وصل اليه سهم فانما بقي من حقه سهم
واحد فلا منازعة له فيما زاد على سهم وذلك ثلاثة فيسلم ذلك لصاحب الجميع
بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فحصل لصاحب الثلث سهم
ونصف من ستة وهو ربع المال ولصاحب الجميع اربعة ونصف وهو ثلاثة
ارباعه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وتخريج الحسن رحمه الله اصح لان
على ما ذكره محمد رحمه الله يؤدي الى ان لا ينتفع صاحب الثلث بالاجازة اصلا
فان عند عدم الاجازة له نصف الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله ولا منفعة
له في الاجازة ومعلوم ان كل واحد منهما ينتفع بالاجازة عند الانفراد فانهم
لو اجازوا لصاحب الثلث خاصة كان الثلث بينهما نصفين ولاحد صاحب
الثلث سدسا آخر بالاجازة ليسلم له كمال حقه فلذلك عند الاجتماع
ينبغي ان ينتفع كل واحد منهما بالاجازة وذلك فيما قلنا وقيل ما ذكره الحسن
رحمه الله قول زفر رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان قياس قوله
انه يسلم لصاحب الجميع ثلثا المال لعدم المزاحم له فيه ثم يتضاربان في الثلث
بالمزاحمة ولا يظهر اثر الخلاف فيما ذكرنا لانه يؤدي الى معنى واحد
وانما يظهر فيما اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالثلث ولآخر بالربع فعلى
قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لصاحب الجميع الثلثان
ونصف السدس بينه وبين صاحب الثلث والربع بينهم وعلى قياس قول محمد
رحمه الله لصاحب الجميع الثلثان يقسم على احد عشر لانه لا يعتبر اجازة
الورثة في الثلث فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في الثلث فيحتاج الى

الى جناية له ربع وثلث وانه اثنى عشر نصرف الموصى له بجميع ثلثه واربعه وكذا الموصى له بالثلث والموصى له بالربع ربعه ثلثه فكذلك احد عشر قال محمد رحمه الله وهذا قاله ابو يوسف رحمه الله يؤدي الى ان يكون صاحب حصة الثلث عند عدم الاجازة اكثر من حصته عند وجودها وهذا لا يصح وبيانه فيما اذا اوصى لواحد بجميع ماله ولاخر بسدسه كان على قوله يجب ان يكون الثلث بينهما اذا لم تجز الورثة اثلاثا فنصيب صاحب السدس تسع المال وصاحب المال تسعاه وعند الاجازة يحصل لصاحب الجميع خمسة اسداس المال والسدس بينهما انصافا مع الاجازة نصف السدس وجه التفريع ان الموصى له بالنصف بمنزلة الموصى له بجميع المال والاخر موصى له بالثلث والمسائل التي فيها القسمة على العول و المنازعة اربعة اقسام منها ما يقسم بطريق العول بالاجماع ومنها ما يقسم بطريق المنازعة بالاجماع ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله وبطريق العول والمضاربة عندهما ومنها ما يقسم على عكس ذلك اما ما يقسم بطريق العول عندهم ثمانية احدها الميراث اذا اجتمع سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها يقسم بطريق العول والثانية اذا اجتمعت الديون المتفرقة في التركة وضاقت التركة عن الوفاء والثالثة اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بربع ماله ولاخر بسدسه ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا الى الثلث والرابعة الوصية بالمحاباة اذا اوصى ان يباع العبد الذي يساوي الفي درهم من هذا الرجل بالف درهم واوصى ان يباع العبد الذي قيمته ثلاثة الاف من هذا الاخر بالفي درهم والخامسة الوصية بالعتق اذا اوصى بان يعتق من هذا العبد نصفه واوصى بان يعتق من الاخر ثلثه وذلك لا يخرج من الثلث والسادسة الوصية بالف درهم مرسلة مع الوصية بالعين بعد نفاذها والسابعة قتل رجلا عمدا وقتل اخر خطأ فدفع بهما يقسم بينهما بطريق العول اثلاثا لولي العمد وثلثه للاخر والثامنة مدبر جنى على هذا الوجه ودفع القيمة الى اولياء الجناية واما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسالة واحدة ذكرها في الجامع فضولي باع عبدا من رجل بالف درهم وفضولي اخر باع نصفه من

اخر بخمسمائة فاجاز المولى البيعين جميعا خير المشتريان فان اختار الاخذ بطريق المنازعة ثلاثة ارباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف واما ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله وبطريق العول عندهما ثلث مسائل احديها دار تنازع فيها رجلان احدهما يدعي كلها والاخر يدعي نصفها واقاما البينة عند ابي حنيفة رحمه الله يقسم ارباعا ثلثة ارباعها للمدعي الكل وربعها لمدعي النصف وعندهما اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف والثانية اذا اوصى بجميع ماله لرجل وبنصفه لاخر واجاز الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله المال بينهما ارباعا وعندهما اثلاثا والثالثة اذا اوصى لعبد بعينه لرجل وبنصفه لاخر وهو يخرج من ثلثه او لا يخرج واجازت الورثة كان العبد بينهما ارباعا عند ابي حنيفة وعندهما اثلاثا واما ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة رحمه الله وبطريق المنازعة عندهما خمس مسائل احديها ما ذكر في الماذون عبد ماذون بين رجلين ادانه احد المولين مائة يعني باعه شيئا بنسيئة وادانه اجنبي فبيع العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله يقسم الثمن بين الاجنبي والمولى اثلاثا فالثلثان للاجنبي والثلث للمولى لان ادانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه والثانية اذا ادانه اجنبي مائة واجنبي اخر خمسين وبيع يقسم الثمن بينهما اثلاثا عنده وعندهما ارباعا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا احدهما فان فدى المولى فدى بخمسة عشر الفا خمسة الاف للشريك وعشرة الاف لولي الخطأ وان دفع يقسم بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ارباعا ولو لم يعفو لو كان الجاني مدبرا او ام ولد والمسألة بحالها يدفع القيمة والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما على التعاقب تجب عليها السعاية في ثلاثة ارباع قيمتها ويكون ربع القيمة للساكت من ولي الاجنبي خاصة ويقسم بين الساكت من ولي المولى والساكت من الاجنبي اثلاثا بطريق العول لان له النصف ولان لولي الاجنبي فيكون لولي الاجنبي سهمان ونصف سهم ولولي المولى سهم ثم نصف سهم مثلها دانع البيع لشفعه

اسهم خمسة لولي الاجنبي واربعة لولي المولى وعندهما يقسم النصف بينهما
بطريق المنازعة نصف لولي المولى بلا منازعة لان ولي الاجنبي اخذ الربع
فلا يدعي من هذا النصف الا نصفه فيسلم نصفه لولي المولى بلا منازعة
منازعتهما في الربع فيكون بينهما فيصيب لكل واحد منهما ثمنه فان القسمة في الاصل
لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت
القسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز او في وقتين مختلفين كانت القسمة
منازعة والمعنى فيه ان الثابت ما في القسمة بطريق العول لان يعتبر العول
ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف المال والاخر بالكل والمال الواحد
لا يكون لكل نصفه اخر ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما من شاء باهلته ان
الله تعالى لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفا ولا نصفين وثلثا وانما ترك
القياس في الميراث باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلحق به ما كان في معناه
وفي الميراث حقوق الكل تثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة
الموت وفي التركة اذا اجتمعت فيها حقوق متساوية حق ارباب الديون
ثبت في وقت واحد وهو حالة الموت او المرض فكان في معنى الميراث وكذلك
في الوصايا وفي العبد والمدبر اذا قتلا عبدا لانسان وقيل اخر خطا حق
اصحاب الجناية ثبت في وقت واحد فهو وقت الجناية او قيمة المدبر
لان موجب جناية الخطا لا يتعلق قبل الدفع ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل
القبض ولا يصح الحوالة وانما يملك عند التسليم ووقت الدفع وفي الدعوى
الدار الحق انما ثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد وفي بيع الفضولي وقت
ثبوت الحقين مختلف لان الملك ثبت عند الاجازة مستندا الى وقت العقد
ووقت العقد مختلف وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف اما في مسئلتي
الادانة فلانه الحق يثبت بالادانة ووقت الادانة مختلف وفي العبد اذا
قتل رجلا خطا او اخر عمدا وعفا احدهما ودفع او دفع المدبر وقت موت
الحقين مختلف لان حق الساكت من ولي الدم كان في القصاص لانه مثل
والمال على القصاص ووجوب البدل يضاف الى سببه الاصل وهو القتل

فكان

فكان وقت ثبوت حقه وقت القتل وحق ولي الخطا في القيمة او العبد
المدفوع ثبت عند الدفع لا قبله لانه صلة معنى والصلات لا تملك
قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفا ولم يكن في معنى الميراث فكانت القسمة
منازعة وفي ام الولد وجوب الدية للذي لم يعف مضاف الى القتل لما قلنا
والقتلان واحدا في وقتين مختلفين والاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان
قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة او لحق ثبت في العين على وجه
الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت قسمة
العين لحق ثبت على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشائع
وحق الاخر في الكل كانت القسمة منازعة والمعنى فيه ان الحقوق
متى وجبت في الذمة وقد استوت في القوة لان الذمة متسعة فيضرب
كل واحد منهما في العين بكل الحق والشائع فقد استوت في القوة لان
ما من جزء شائع فيه حق احدهما الا وللاخر ان يزاحمه فكانت الحقوق
متساوية في القوة والاصل في قسمة العول الميراث كما قال وعنه حق
كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع واذا ثبت الحقان على وجه التمييز
لم يكن في معنى الميراث وكذا اذا كان حق احدهما في البعض الشائع وحق الاخر
في الكل لم يكن في معنى الميراث لان صاحب الكل يزاحم صاحب البعض
في كل شيء اما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه في الكل فلم يكن في معنى
الميراث ولان حق كل واحد منهما اذا كان في البعض الشائع وما اخذ
كل واحد منهما بحكم القسمة عن حقه وانه عين الشائع كان الماخوذ
بدل حقه لا اصل حقه فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت
فيها الديون وفي مسائل العفو القسمة انما وجبت لحق ثابت في الذمة
فكانت القسمة فيها عولية واما في قسمة الثلث عند عدم الاجازة
على طريق العول عندهما وعدم بطلانها في حق الضرب والقسمة
نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله وبطلانها في حق الضرب الا في خمس
مسائل احدها العفو الموقع في المرض وهو ان يعفو عند ان قيمة احدهما

الف وقيمة الاخر الفان وثلث ماله الف ولم تجز الورثة يضرب كل واحد منهما بجميع حقه والثاني العتق المعلق بالموت او الموصى باعتاقه والرابع والمحاباة اذا باع عبدا قيمته الف بخمسمائة وباع اخر قيمته الفان بالف وثلث ماله الف ولم تجز الورثة يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته والخامسة الوصية المرسلة مثل ان يوصي لرجل بالف ولاخر بالفين وثلث ماله ولم تجز الورثة يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته واجمعوا انه اذا لم يجاوز وصية كل واحد منهم الثلث بانفرادها وجاوز الثلث بمجموعها يضرب كل واحد منهم بجميع وصيته لهما ان بطلان الوصية فيما زاد على الثلث لدفع الضرر عن الورثة ولهذا تجوز باجازتهم وضررهم في الاستحقاق لا في الضرب فلا يبطل في حق الضرب لان المال اذا ضاق عن الحقوق يضرب كل واحد منهم بجميع حقه كاصحاب الديون والغرماء ولهذا لان الميت قصد التفضيل بينهم فلو رددنا من زادت وصيته على الثلث الى الثلث لسوينا بينهم وانه خلاف قصد الميت دفعه والدليل عليه المسائل المستثناة على قوله واجماع الوصايا اذا لم يرد كل واحد على الثلث ولابي حنيفة رحمه الله ان الضرب سبب الاستحقاق فاذا بطل في حق الاستحقاق يبطل في حق الضرب لاظهار قدر المستحق ولان الوصية بما زاد على الثلث كانت موقوفة على اجازة الورثة فاذا ردوها بطلت من الاصل لانه يكون بمنزلة التصرفات الموقوفة اذا زاد من توقف على اجازته فصارت منسوخة شرعا وصار كانه اوصى لكل واحد منهم بالثلث وبيان انها منسوخة شرعا انه لا يعتد بحال من الاحوال حتى انه لو ظهر للميت مال لا تنفذ هذه الوصية اعني الزيادة على الثلث لا يلزمهم على ما ذكرنا اذا اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالسدس ولم تجز الورثة لان كل واحد منهما وقع في محله ولهذا لا يتوقف احدهما عند الانفراد على الاجازة فلم يكن احدهما منسوخة الا عند الاجماع لظهور الزيادة والمزاحمة فيقسم بينهما على قدر حقهما بخلاف الوصية المرسلة والعتق وغيرهما لان ثمة الوصية غير منسوخة شرعا لجواز ان يظهر له مال اخر فتخرج الوصية لهما ولان الوصية بالمرسل بمنزلة ولهذا لا تزداد بزيادة المال ولا تنقص بنقصانه الا انه

فلا يمكن التسوية في الحل لضيق المحل كما لا يمكن قضاء جميع الدين عند ضيق التركة فيضرب كل واحد بجميع حقه كاصحاب الوصايا وكذا الوصية بالمحاباة والاعتاق في كذا الوصية بالمحاباة والاعتاق في الوصية بمنزلة الوصية بالف مرسلة لانه لا يزداد بزيادة المال ولا ينقص بنقصانه وانه وصية بمال مقدر وهو قدر المحاباة والسعاية في ذمة العبد ولهذا لان الموصي يملك ابطال الوصية بالرجوع لمن استحق غيره من جهته من استحق عليه بطلت وصيته فيما استحق عليه فلا يجوز ان يضرب فيما استحق عليه بخلاف ارباب الديون لان الدين لا يبطل من جهة من استحق عليه وكذا اصحاب العول لا يبطل سهامهم من جهة الميت وبخلاف العتق لانه لا يحتمل الابطال وبخلاف الالف المرسلة لانه لم يصر مستحقا لعدم اجتماعهما في محل واحد ولان الوصية بالف مرسلة وغيرها لا يتعرض لحق الورثة ولا يضاف حقهم لفظا فيصح اللفظ من غير توقف اما الوصية بما زاد يتعرض لحق الورثة لفظا فيصح فلا يبطل مطلقا وهذا لان من يدلي بسبب صحيح قوي يكون اقوى ممن يدلي بسبب ضعيف والسبب الذي لا يفيد الحكم بنفسه اضعف من الذي يفيد الحكم بنفسه الا ترى ان العبد لما لم يتعلق الاستحقاق به حتى ينضم اليه معنى اخر وهو القبض والعوض يكون اضعف ما يتعلق به الاستحقاق بنفسه وهو البيع والوصية بقدر الثلث وصية قوية من غير انضمام شيء اخر والوصية بما زاد على الثلث ضعيف لا يفيد الا بانضمام الاجازة فلو سوينا بينهما في المضاربة بجميع كل واحد منهما لسوينا بين السبب الضعيف والقوي وانه لا يجوز ولا يلزم الدراهم المرسلة ونحوها لانها غير متعلقة بعين التركة ويجوز ان يستحق بغير اجازة بزيادة المال ثم نقول هذا يبطل بما قال ابو حنيفة رحمه الله فيمن اوصى بعين من تركته قيمتها اكثر من الثلث لم يضرب الموصى له فيها الا بقدر الثلث وان جاز ان يخرج من الثلث بزيادة المال فلما اتفق وصيته بعين يتعلق بها حق الورثة وتعرضت لابطال حقهم فيبطل الوصية بما زاد على الثلث اما الوصية بالف مرسلة

لا يتعلق بعين التركة الا ترى انه لو هلكت التركة واستفاد مالا اخر لم تبطل
الوصية ووجب تنفيذها فدل انها لا تتعلق بالاعيان التي يتعلق بها حق الورثة
اما في تلك المسألة لو هلكت التركة واستفاد غيرها بطلت الوصية فدل انها تعلقت
بعين التركة اذا ثبت هذا الاصل فنقول اذا قسم مسلما على ثلثه او على
اربعة ومات الموصى له بالنفقة قبل استنفادها وقف لاجله فيكمل وصية الموصى له
بالثلث فما بقي منه ويرد الباقي على الورثة وانما يعتبر ثلث جميع المال يوم
موت الموصي لان وصيته حصلت بالثلث وانما انتقصت لمزاحمة الموصى له وقد
زالت المزاحمة فيكمل حقه وما بقي للورثة لانه مال الميت وقد خلا عن الدين
والوصية فرق بين هذه المسألة وبينما لو ادعى رجلان شراء دار من رجل ادعى
كل واحد منهما انه اشتراها منه واقاما البينة وقضى القاضي بالدار بينهما
نصفين ثم ان احدهما رد ما وصل اليه بعيب او خيار رؤية فانه لا يكمل حق الاخر
وكذا اذا بيعت ولها شفيعان وطلبا الشفعة وقضى بينهما ثم رد احدهما
ما قضى له به لا يكمل حق الاخر لان عند ما قضى القاضي بينهما فقد ابطل
حق كل واحد منهما في نصفها لان الشراء بن على الحال لا يتصور اجتماعهما
في محل واحد في حالة واحدة ولذا الملك فمن ضرورة القضاء بالملك بحكم الشرى
بينهما ان يصير كل واحد منهما مقضيا عليه بابطال الملك في النصف وكذا
في الشفعة اما الوصيتين يتصور اجتماعهما في محل واحد ولا تنافي بينهما
لما عرف انه عقد استخلاف لا انهما اجتمعا تزاحما لضيق المحل فمتى
زال المزاحم كمل حقه ضرورة ولان في الوصية القاضي لا يقضي لصاحب
النفقة بالكل ولهذا لا يدفع اليه بل يترك موقوفا لحقه المترتب
واذا زال حقه يتوفر حق الاخر وروي عن ابي يوسف رحمه الله
انه قال لا يوقف جميعه اسداس المال ولا ثلثه ارباعه وانما يوقف
بقدر ما يعلم ان مثله يستهلك تلك المدة في الغالب ويرد الباقي الى الورثة
الا ان هذا ليس بصحيح لان ذلك غير معلوم لطول العمر وقصره وربما
يهلك شيء مما اوقفنا فيحتاج الى الاسترداد من الورثة فيوقف الكل

فصار المسألة هذا اذا اجازت الورثة وان لم يجيزوا لم ينفذ وصيتهما الا
بقدر الثلث ثم يقسم الثلث بينهما نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم
الثلث بينهما ارباعا لان الوصية في النفقة في مالك في حق الضرب عندهما وبطلانها
عنده على ما ذكرنا فان مات الموصى له بالنفقة قبل استكمال نصف الثلث عنده
او ثلثه ارباعه عندهما يصرف ما بقي منه الى الموصى له بالثلث تكميلا لحقه
بقدر الامكان ونحو ما اضاف الوصية بالنفقة الى المال او الى ماله او لم يضف
لان ماله مذكور بدلالة الحال هذا اذا كانت الوصية بالنفقة مطلقة غير مضافة
الى الثلث فان كانت مضافة الى الثلث بان اوصى لرجل بثلث ماله واوصى لاخر
وقال اوصيت بان ينفق على فلان كل شهر كذا ما عاش من ثلث مالي فان
اجازت الورثة فلصاحب ثلث الكل ثلث المال كاملا ويوقف على الموصى
له بالنفقة موصى له بثلث المال وكذا في الاخر ومن اوصى لاثنين لكل واحد منهما
ثلث ماله واجازت الورثة يقسم بين الورثة والموصى لهما اثلاثا ثلثاها
للموصى لهما لكل واحد منهما الثلث وثلثها للورثة كذلك هنا فان مات
الموصى له بالنفقة قبل ان يستكمل الثلث فما بقي للورثة لانه مال الميت
وقد فرغ عن الدين والوصية لان الموصى بالثلث استوفى كمال وصيته
هذا اذا اجازت الورثة وان لم يجيزوا فللموصى له بالثلث سدس المال كاملا
ويوقف السدس على الموصى له بالنفقة لان الثلث قسم بينهما بالاجماع
لان وصية احدهما لا تتجاوز محل الوصية وهو الثلث فاستويا في القوة
فان مات الموصى له بالنفقة وبقي منه شيء فهو للموصى له بالثلث لانه لم يستوف
كل حقه للمزاحمة وقد زالت ولو اوصى لرجل بثلث ماله فاوصى بان ينفق
على فلان وفلان كل شهر عشرة دراهم ما عاشا او زاد فقال على كل واحد منهما
خمسة بينهما سواء لان قوله على كل واحد منهما خمسة لا يفيد الا ما افاده
قبلها عشرة فلا يتغير حكم الايجاب لهما ولا تجعل الوصية منفردة بخلاف
تسمية الثمن في البيع لان العاقد في احد الجانبين متعدد ان يجعل عقدين
لاختلاف التسمية لعلة جهة التعدد وهنا العاقد في الوصية واحد

ولهو الموصي لان الوصية يقوم به والعقد يقوم بالعاقد فيعتبر باتحاده ضرورة
والجواب ان في هذه المسئلة وما اذا كان الموصى له بالنفقة واحدا سوا الا ان المزاحمة
للموصى له بالثلث انما يراد به زيادة الوصية لا زيادة الموصى له وهنا الوصية
واحدة لانه اوصى لهما بجميع المال حتى اوصى لهما لكل شهر بعشرة فكانت
القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة عند الاجازة على ستة
الموصى له بالثلث ويوقف خمسة الاسداس لينفقها وان لم يجيزوا فنصف
الثلث للموصى له بالثلث كما لو كان الموصى له بالنفقة واحدا على ما ذكرنا
وان مات احدهما لا يرد شي على الموصى له بالثلث ولكن يوقف وينفق على صاحبه
لان مزاحمة الموصى له بالثلث من قبلهما ليس لذاتيهما بل لوصيتهما فما دام احدهما
باقيا كانت الوصية باقية فيكون المزاحمة باقية الا ترى انه لو لم يكن في
الابتدا الا احدهما كانت القسمة على ما ذكرنا فكذا اذا هلك احدهما وبقي
الاخر وكذلك عندهما الا ان عندهما يقسم جميع المال عند الاجازة او ثلثه
عند عدم الاجازة على اربعة بطريق العول كما لو كان الموصى له بالنفقة
واحدا ولو فرق الوصية بالنفقة بان قال اوصيت بان ينفق على
فلان خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت بان ينفق على فلان اخر
لكل شهر خمسة دراهم ما عاش واوصى لاخر بثلث ماله فان لم يجيزوا الورثة
عند ابي حنيفة رحمه الله يقسم الثلث بينهم اثلاثا على سبيل المنازعة لان الموصى
له بالثلث المال والموصى لهما بالنفقة كل واحد منهما موصى له بجميع المال
وقد ردت الى الثلث لعدم الاجازة فاستوت منازعتهم في الثلث
فيكون بينهم على ثلاثة فرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة المتقدمة كان
ثمه عند عدم الاجازة يقسم بينهما نصفين وان كان الموصى لهما بالنفقة
اثنين والفرق ان المزاحمة انما يراد بزيادة الوصية لا بزيادة الموصى
له وثمة اوصى لهما بجميع المال وصية واحدة فلم يتكرر الوصية وهنا
كرر لفظة الوصية فاجتمع في الثلث ثلاث وصايا وصية الثلث
ووصيتان لكل واحد منهما بجميع المال وقد ردت الى الثلث فيصير الثلث

على ثلاثة فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة سهم للموصى
له بالثلث ويوقف لكل واحد منهما سهم وستة للورثة فان مات الموصى
لهما بالنفقة يرد ما بقي منهما الى الموصى له بالثلث تكميلا لوصيته وان مات
احدهما وبقي الاخر وقف له شي على ما بقي منه من الموصى له بالثلث والموصى له الاخر
بالنفقة نصفين لاستواء حقهما في الثلث ولم يوقف هنا ما بقي من الميت
على الاخر لان هنا ايجابهما مختلف فكان وصيتين فدخلت المزاحمة من قبل
كل واحد الا ترى انه لا يستحق اكثر من التسع لان المزاحمة وقعت عليه
من كل واحد منهما من جهة الميت فجاز ان يرد حصته بموته بخلاف ما اذا جمع
بينهما في الوصية لانهما ثمة لم يتعين حصة احد الا ترى انه لو لم يكن الا احدهما كان للموصى
له بالثلث السدس عند الاجازة وعدمها كما لو كانا اثنين وان اجازت الورثة
يقسم جميع المال على تسعة ايضا لان القسمة بطريق المنازعة عنده
واستوت منازعتهم في الثلث فيكون بينهم الباقي بين الموصى لهما بالنفقة نصفين
لكل واحد منهما اربعة فيحصل للموصى له بالثلث سهم من تسعة فيدفع اليه ولكل
واحد من الباقين اربعة فان ماتا قبل استكمال الاربعة تبطل وصية الموصى له
بالثلث ويرد الباقي الى الورثة وان مات احدهما وبقي منه شي يقسم بين
الموصى له الاخر بالنفقة وبين الموصى له بالثلث على خمسة اسهم وسهم للموصى
له بالثلث واربعة يوقف للموصى له بالنفقة على حقه في الاصل هكذا ذكر
في بعض النسخ وذكر في بعضها انه يقسم بينهما على ستة على قدر حقهما كما
لو كان الموصى له بالنفقة واحدا في الاصل لان الموقوف على ملك الميت
على ما ذكرنا فكان الباقي هذا ابتدا القسمة فيقسم على ما ذكرنا وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عند الاجازة يقسم المال بينهم على طريق العول
اسباعا سبع للموصى له بالثلث يدفع اليه ويوقف لكل واحد منهما ثلثه
اسباع لان الموصى له بالثلث يضرب بثلث المال بسهم من ثلاثة وكل واحد
منهما يضرب بجميعه ثلاثة فيصير سبعة فان ماتا تكمل وصية الموصى
له بالثلث والباقي للورثة وان مات احدهما يقسم ما بقي له بين الموصى له الاخر

بالنفقة والموصى له بالثلث على اربعة لان الباقي يقسم بينهما على طريق العول على قدر
حقهما في الاصل وان لم يجيزوا انقسم الثلث على تسعة ايضا لان الوصية فيما زاد
على الثلث لا يبطل في حق الضرب بعدم الاجازة عندهما وان ماتا يصرف ما بقي منهما
الى الموصى له بالثلث وان مات احدهما يقسم ما بقي منه بينهما ارباعا ولو اوصى بان
ينفق على فلان كل شهر خمسة دراهم ما عاش واوصى ان ينفق على فلان وفلان
عشرة دراهم كل شهر ما عاشا على كل واحد منهما خمسة او لم يقل هذه الزيادة
فان اجازت الورثة يقسم المال بين الموصى له بخمسة وبينهما نصفين فيوقف
النصف على صاحب الخمسة والنصف على صاحبي العشرة لان الموصى له
بالنفقة بخمسة موصى له بجميع المال وصية واحدة والموصى بالنفقة بعشرة
موصى لهما بجميع المال وصية واحدة على ما ذكرنا فيقسم المال بينهما
نصفين عندهم جميعا لاتحاد الايجاب الا ترى انه لو اوصى لرجلين بجميع
المال فان المال عند الاجازة والثلث عند عدمها يجعل نصفين نصف للمفرد
ونصف للمجموعين وكذا لو اوصى لرجلين بالف درهم ولم يترك الا الف
يقسم المال عند الاجازة والثلث عند عدم الاجازة نصفين فكذا هذا فان
مات صاحب الخمسة وبقي منه شيء يوقف ما بقي منه لصاحبي العشرة
لانه انما ينقص بسبب المزاحمة وقد زالت وان مات احد صاحبي العشرة
ولم يمت الخمسة يوقف ما بقي منه على شريكه في العشرة ولا شيء لصاحب
الخمسة لان حق الموصى له بخمسة انما ينقص من قبل الوصية لهما بجميع
المال لا بتعددهما وقد ثبتت الوصية بجميع المال لهما احدهما كما لو كان
منفردا في الابتداء وان مات الاخر وبقي منه شيء يوقف ما بقي منه على
صاحب الخمسة لزوال المزاحم وان مات صاحب الخمسة يرد ما بقي على
الورثة وان لم يجز الورثة يقسم الثلث ويوقف نصف الثلث للمفرد
والنصف لهما وحكم الموت ما ذكرنا في الكل عند الاجازة بالاجماع لاتحاد
الحكم ولو فرق في الوصية فقال اوصيت ان ينفق على فلان كل شهر خمسة
واوصيت بان ينفق على فلان اخر كل شهر خمسة دراهم وقال الثالث

بثلث ذلك فان اجازت الورثة يقسم جميع ماله على ثلاثة اسهم فيوقف لكل واحد
منهم سهم بالاجماع لانه اوصى بثلثه لكل واحد منهم بجميع ماله فان مات احدهم
يوقف نصيبه على الاخرين وان مات اخر يوقف نصيبه على الباقي وان لم
يجيزوا يقسم الثلث بينهم على ثلاثة بالاجماع مع اختلاف التخريجين وحكم الموت
ما ذكرنا بخلاف المسألة الاولى لان ثمه جمع بين اثنين في الوصية فصار بمنزلة
شخص واحد لما مر ولو اوصى ان ينفق من ثلثه على فلان في كل شهر اربعة
دراهم ما عاش واوصى بان ينفق على فلان وفلان عشرة دراهم من ثلثه ما عاشا
فان اجازت الورثة يقسم المال اثلاثا بالاجماع ثلثه للورثة وثلثه يوقف
للموصى له بالاربعة فيوقف عليه وثلثه لصاحبي العشرة ينفق عليهما
لانه اوصى بوصيتين لكل واحد منهما بثلث المال لان الموصى لهما بالعشرة
واحد ولا تنافي بين الوصيتين لان في المال سعة ولا يكون احدهما محجوبا
عن الاخر او اشتراكا بينهما كما لو اوصى لرجلين لكل واحد منهما بثلث المال
واجازت الورثة ولا فرق بين ان يكون وصية المفرد باربعة او خمسة
او اقل او اكثر لان الاربعة قد تستغرق ثلث المال كالخمسة فان مات
المفرد فما بقي منه للورثة ولا يوقف لهما بالعشرة لانه وصل اليهما
حقهما ولو مات احد صاحبي العشرة يوقف نصيبه على شريكه لما ذكرنا
ان الوصية تعيبت بهما احدهما فان مات الاخر يرد ما بقي الى الورثة ولا
يوقف على المفرد وان لم يجز الورثة يقسم الثلث نصفين نصفه يوقف
على المفرد ونصفه على الاخرين بالاجماع وان مات الموصى له باربعة يوقف
ما بقي منه على الاخرين لزوال المزاحمة لان حقهما انما ينقص عن الثلث
لمزاحمته وقد زالت وان مات احد صاحبي العشرة يوقف ما بقي منه
على صاحبه لا على صاحب الاربعة لانهما شخص واحد لما قلنا وان مات
الاخر يرد على الموصى له باربعة ولو فرق في الوصية كان جميع المال
بينهم اثلاثا ان اجازت الورثة ولا شيء للورثة لانه اوصى بثلث وصايا
لكل واحد ثلث المال وان لم يجيزوا فالثلث بينهم اثلاثا على اختلاف التخريجين

وحكم الموت لما ذكرنا ولو قال اوصيت بثلثي لفلان يوقف وينفق عليه كل
شهر منه ما عاش اربعة دراهم فقد اوصيت بثلثي لفلان وفلان يوقف وينفق
عليهما كل شهر منه عشرة دراهم ما عاشا لكل واحد خمسة اولم يذكر هذه
الزيادة فان اجازت الورثة قسم المال بين الورثة وبينهم اثلاثا ثلثه للورثة
وثلثه لصاحب الاربعة ويكون ملكا له يفعل به ما شاء وثلثه لصاحبي العشرة
بينهما ملكا لهما ولا يوقف قليل ولا كثير ومن مات منهم فنصيبه ميراث
لورثته لانه اوصى بوصيتين كل وصية بثلث لا وصية انفاق لانه اضاف
الوصية الى كل واحد منهم بلام التمليك الا ترى انه لو اقتصر على قوله اوصيت
بثلث مالي لفلان او اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان كان تمليكا وقوله يوقف
وينفق يحتمل ان يكون رجوعا عن الوصية بان يكون معنى قوله يوقف
اي يوقف على ملكي وينفق عليه فيكون تفسيرا ابتداء وصية انفاق ويحتمل
ان لا يكون رجوعا بان يكون معنى قوله يوقف اي يوقف على ملك الموصى
له فلا يكون رجوعا عن الوصية وقوله ينفق عليه يكون صرفا في ملك
الغير لانه ذكر قوله يوقف ولم يبين من يوقف عليه فكان محتملا فلا يثبت
الرجوع بالشك وصار كما لو اوصى له بثوب للبس او بطعام ليأكل الا ترى
انه لو قال لغيره وهبت لك هذه العشرة دراهم لتشتري بها ثوبا كانت العشرة
له وله الخيار ان شاء اشترى بها ثوبا وان شاء ابتاع بها عبدا او يهبها من غيره وكذلك
ان وهب له دارا ليسكنها او دابة يركبها فان ذلك للموهوب له يصنع به
ما شاء وان لم تجز الورثة فلصاحب الاربعة نصف الثلث وللآخرين نصف
الثلث بينهما بالاجماع لانه اجتمع في الثلث وصيتان على السواء فيقسم
نصفين وكذلك لو قال اوصيت بثلثي لفلان ينفق عليه اربعة دراهم كل
شهر واوصيت بثلثي لفلان وفلان ينفق على فلان منه خمسة دراهم كل
شهر وعلى فلان منه ثلاثة دراهم كل شهر فاجازت الورثة اخذ صاحب
الاربعة ثلث جميع المال واخذ صاحب الاربعة ثلث جميع المال واخذ
صاحب الخمسة والثلاثة ثلث المال بينهما يفعلون به ما بدا لهم لانه اوصى

بوصيتين كل وصية بثلث جميع المال وصية تمليك لما قلنا وان لم تجز الورثة
فلصاحب الاربعة نصف الثلث وللآخرين نصف الثلث بينهما ومن مات
منهم فنصيبه ميراث لورثته لما قلنا وفي المبسوط لو اوصى بان ينفق على
فلان اربعة دراهم كل شهر من عرض ماله او على اخر خمسة كل شهر من غلة
البستان لكل واحد منهما البستان فثلث البستان بينهما نصفين فما خرج من
غلة البستان لكل واحد منهما يوقف منه على يد الموصي او على يد عدل ان
لم يكن وصي وينفق على كل واحد منهما من نصيبه ما سمي له لان الوصية بانفاق
اربعة وصية بالجميع ولان الوصية بانفاق خمسة وكذلك الوصية بانفاق
دراهم ولا عبرة للاقل والاكثر لانه يجوز ان يعيش صاحب الاقل والاكثر
لانه يجوز ان يعيش صاحب الاقل اكثر مما يعيش صاحب الاكثر فلما كانت
وصيتهما سواء كان الثلث بينهما لكل واحد منهما السدس لانه اوصى لاحدهما بان
ينفق عليه كل شهر اربعة من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم اليهما فان
ماتا وقد بقي شيء من المال رد على ورثة الموصي لان وصيته قد بطلت
بموته وكذا لو قال ينفق على فلان اربعة وعلى فلان خمسة حبس السدس
على المفرد والسدس على المجموعين ولو اوصى بعشرين درهما من غلة بستانه
كل سنة لرجل فاغل سنة قليلا وسنة كثيرا فانه يأخذ الغلة كلها وينفق عليه
سنة من ذلك عشرين درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية له بجميع
الغلة لانه يجوز ان يعيش فيستوفي ذلك كله فكذلك جاز لمن يوكس
عليه حتى ينفق عليه كل سنة عشرين درهما الى ان يموت وفي العيون قال
ابو حنيفة رحمه الله رجل اوصى لمملوك رجل ان ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم
انه جائز ويدور ذلك مع المملوك حيث دار ان بيع او اعتق وكذلك قول
محمد رحمه الله وان صالح مولاه على ذلك واجاز العبد فهو جائز وان اعتق العبد
قبل ان يخير ثم اجاز بعد العتق واجازته باطلة لان له حصة لا يدرى ما هي
لان العبد لا يملك لنفسه الوصية بالانفاق عليه تكون وصية لمولاه بحال
الرق وبعد البيع لم يستغن عليه لكن العبد لان ما ينفق على مملوكه

يكون له وبعد العتق يكون وصية للعبد لانه يثبت له اهلية الملك وصلح
المولى انما يصح في حق نفسه لان حقه في الحال ثابت وانما تعتبر اجازة العبد
لان الحق يؤول اليه بعد العتق ولا تعتبر الاجازة في حالة الرق لان اثر الحق
يثبت عقيب العتق بلا فصل ولو اوصى لعبد فلان ينفق عليه كل شهر
عشرة دراهم قال هذا جائز والوصية لصاحب العبد واذا اعتق العبد
او باعه بطلت الوصية لان هذه وصية لصاحب العبد من كل وجه
اذ العبد مملوك له وليس له حالة الكتابة بخلاف العبد فان له حالة المالكية والله اعلم

باب من الوصايا التي تكون رجوعا والتي لا تكون رجوعا

الرجوع عن الوصية ان ... الوصية انما تعمل عند الموت فكان الرجوع ... المولى

اصل الباب ما ذكرنا ان الموصي اذا وصف الوصية بالربوا والحرمة
لا يكون رجوعا لانه ما يتصف به الوصية لا يقبل الرجوع ولا يتوقف ان يكون
لغوا ولو وصفها بالبطلان يكون رجوعا لانها تتوصف به فقال باطلة وصيته
فلان لانه رجع عنها فصح الوصف فيثبت ما في ضمنه والاشهاد على انه لم يوص
ليس برجوع في هذه الرواية وهو رجوع في رواية المبسوط وجحودها رجوع هكذا
ذكر في المبسوط لما نذكر ونقل الوصية من الموصى له الى غيره وان كان الثاني اهلا
للاستحقاق عند النقل ويطلق عليه الاسم الذي ذكره الموصي عند النقل اليه
يكون رجوعا ويبطل الاول ويثبت الثاني وان لم يكن اهلا للاستحقاق
او كان اهلا ولا يجوز اطلاق الاسم عليه لا يكون رجوعا وتثبت الاولى وان
اطلق عليه الاسم عند الموت وان عطف شخصا اخر على الاول فان كان
الثاني اهلا للاستحقاق يثبت المشاركة ويكون رجوعا عن النصف للاول
حتى لو مات الثاني قبل موت الموصي لم يستحق الاول الا نصفه ونصفه يعود
الى ورثة الموصي لان الوصية تمليك بعد الموت وقد مات هو قبل الملك كما لو
كان معدوما ويعد ... للحي نصفه لان الاضافة اليهما صحت وكان لكل واحد منهما
نصف الثلث فلا يبطل حقه بموته كما لو اوصى لهما دفعة واحدة وان لم يكن
الثاني اهلا للاستحقاق تثبت الوصية الاولى بكمالها لانه لغو ذكر الثاني
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال

اشهدوا اني لم اوص لفلان بشيء ثم مات ثم ادعى الموصى له الوصية واقام البينة
عليها واقام الوارث البينة على قوله اشهدوا اني لم اوص له بشيء يقضى بوصيته
ولا يكون هذا رجوعا لان هذا ليس برجوع وصفا فلو ثبت الرجوع انما يثبت
في ضمن هذا القول وهو قول باطل لانه كذب فلا يثبت في ضمنه شيء لان ثبوت
التضمن انما يكون بعد صحة المتضمن ولهذا لو ادعى بالف فشهدوا بخمسمائة يقبل
لان الدعوى صحت ولهذا يتوجه الجواب على الخصم فيثبت خمسمائة اما لو ادعى
فشهدوا بالف لا يقبل الا بعد التوفيق لان الشهادة انما تصح بعد ... الدعوى
ولم يصح المتضمن فلا يثبت المتضمن وذكر في الوصايا من المبسوط اذا جحد
الوصية فقال لم اوص له بشيء فهو رجوع واختلف المشايخ رحمهم الله منهم من
قال انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وضع المسئلة في الجامع فيما اذا قال
اشهدوا انه اخبر بالكذب فيبطل ولا يتعلق به حكم وفي المبسوط وضع فيما
اذا قال اذا لم اوص فانه جحود فيكون فسخا ورجوعا لما نذكر ومنهم من قال
في المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في الجامع جواب القياس وما ذكر في
الوصايا جواب الاستحسان قال الصدر الشهيد رحمه الله وهو الصحيح ويجب
ان يكون الجواب في جحود احد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه وجحود المودع
الوديعة بمحضر من صاحب الوديعة وجحود المتبايعين وجحودا على الروايتين
او على القياس والاستحسان وقال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي رحمه الله قيل
الصحيح انه فسخ باتفاق الروايات لانه بانفاذ قصدا فلا يكون ذلك النفي
فيجب اجراؤه على موجب قصده اما امكن ولهذا جعل الجحود في الوديعة والشركة
فسخا لكن انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع وضع في الجامع فيما اذا جحد بغيبة
الموصى له وفي المبسوط وضع انه يخاطبه بالفسخ لا يصح الا بحضرة العاقدين
وجه القياس على ما ذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان قوله اوصيتها
لفلان قد ادعى كذب محض والكذب لا يتعلق به حكم فيجعل وجوده وعدمه
بمنزلة وجه الاستحسان ان الجحود ان كان كذبا الا انه يصلح كناية عن
الفسخ لان بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان الجحود هو نفي

العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فاذا تعذر يجعل حقيقته
يجعل كناية عن الفسخ نصا كقوله لم اوص بمنزلة فسخت وصية فلان ولو نص
على ذلك صح لان الموصي يملك الرجوع عن الوصية وينفرد به فصار كالوكيل
اذا جحد الوكالة والمودع اذا جحد الوديعة والمتبايعان اذا جحدا البيع بخلاف
ما لو قال لامراته انه لم يتزوجها لانه تعذر ان يجعل كناية عن الفسخ لان
النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ ولهذا لو تقايلا لا يفسخ وتعذر ان يجعل
كناية عن الطلاق لانه ليس بينهما مشابهة لان الجحود ينفي العقد والطلاق
لا ينفي النكاح وانما يقطع ملك النكاح لا النكاح ولهذا لا يسقط شيء من
المهر اذا كان بعد الدخول بخلاف ما لو قال لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامراة
ونوى الطلاق لانه نوى اضمار الطلاق كانه قال لا نكاح بيني وبينك
او لست لي بامراة ونوى الطلاق لانه نوى اضمار الطلاق كانه قال لا نكاح
بيني وبينك او لست لي بامراة لاني طلقتك لانه صح استفهام فكذلك
اذا اضمر وههنا لا يمكن الاضمار ايضا ولهو وجه من قال انه رجوع
فيهما ومن قال انه ليس برجوع فيهما قال الوصية وجوبها بالموت ولم
يجب في الحال بدليل انه تعتبر الرد والقبول بعد الوفاة لا في حالة الحياة
ويعتبر المال عند الموت لا عند الوصية فاذا قال لم اوص له بشيء فهو صادق
في مقالته على معنى انه لم توجب له الوصية بعد فاذا كان صادقا لا يجعل
رجوعا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله عندي ان في المسألة اختلافا
لانه روي عن المعلى بن منصور رحمه الله انه قال سالت ابا يوسف رحمه
الله عن رجل اوصى لرجل ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية
قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لو لم اوص بهذه الوصية قال وسالت
محمدا رحمه الله عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا فالذي ذكر في الوصايا
قول ابي يوسف رحمه الله والذي قال في الجامع قول محمد رحمه الله ان
الرجوع اثبات الوصية فيما مضى وابطالها في الحال والجحود نفي لاصل
العقد والفسخ يقتضي وجوده ثم ابطاله فكان بينهما مضادة فلا يصح استعمال

احدهما

حد

احدهما في الاخر ولهذا لا يجعل جحود النكاح طلاقا ولابي يوسف رحمه الله ان الجا
ناف للوصية في الحال وفيما مضى والرجوع نفي لها في الحال فاذا نفاها في
الحالين اولى ان يكون رجوعا ولهذا قلنا ان المرتد اذا جحد الردة كان توبة
لان التوبة نفي للكفر في الحال وفيما مضى كان اولى وهذا لان الجحود بمنزلة
العام لانه يقتضي النفي في الماضي والمستقبل على العموم فجاز استعماله فيما
يقتضي العدم في زمان واحد لانه بمنزلة الخاص ولو قال كل وصية اوصيت
بها لفلان فهي حرام عليه او فهي ربوا لم يكن هذا رجوعا فرق بين هذا وبينما
اذا قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة فان هذا يكون رجوعا والفرق
ان قوله فهي باطلة وصف الوصية بما تتصف بها بعد الرجوع والفسخ فانه وصف
الوصية بكونها باطلة والوصية بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها باطلة
فانه يقول الوصية وصية فلان باطلة لاني رجعت عنها فيصح هذا الوصف
وانما يصح اذا ابطلت بالرجوع عنها اما قوله فهي حرام عليه او فهي ربوا وصف
الوصية بكونها حراما او ربوا والوصية لا تكون حراما ولا ربوا فلغى هذا الو
صف فصار بمنزلة ما لو قال كل وصية اوصيت بها فهي ما او ريح وهذا لان الحرام
والربوا لا يجامع الوصية ويبقى مع بقائها الا ترى قد يوصي بمال حرام وبما دخل
فيه الربوا فتصح الوصية وهي ربوا ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي
لفلان وارثي فهي رجوع وهي للوارث ان اجازت الورثة الوصية وان لم يجيزوا فهو ميراث
لانه لما قال لفلان وارثي فقد نقل جميع ذلك الى وارثه وصح النقل لان الوصية
للوارث صحيحة الا انها تتوقف على اجازة الورثة وكانت الوصية للوارث بثلث
ماله بمنزلة الوصية للاجنبي بجميع ماله ومتى صار نافذا لا يبقى للاول وكان
رجوعا عن الوصية لفلان فبطلت وصيته اجازت الورثة الثاني او لم يجيزوا
لان بالرد يبطل في الحال الا ان يظهر بطلانها من الاصل فبقي الرجوع في ضمن ما قال
معتبرا الا ترى انه في الحقيقة الى تصرفين ابطال حق الاول فبطل منه ما بلا
حق الورثة وبقي منه ما هو معتبر لحقهم لانه ينفرد بالثاني ان لم ينفرد بالاول
ولو قال الوصية التي اوصيت بها لفلان فهي لعمرو وعمرو حي يوم قال ذلك ثم

ثم مات قبل موت الموصي فالوصية ميراث لورثة الموصي لانه نقل جميع ما اوصى
به لفلان الى عمرو وقد صح النقل لان عمرو من اهل الوصية وكان رجوعا عن الوصية
الاولى وبطلت الوصية الثانية بموته قبل موت الموصي فصار ميراثا لورثته ولو
كان عمرو حيا يوم موت الموصي ثم مات فهي ميراث لورثة عمرو لانه صح النقل
وتقرر ملكه بموت الموصي فينتقل الى ورثته ولو كان عمرو ميتا حين قال
الموصي ذلك فالوصية الاولى على حالها لانه لم يصح النقل لان الوصية للميت
باطلة فلم يصح الايجاب للثاني فلا يبطل حق الاول في ضمنه ولغى قوله فهي لعمرو
بقي قوله كل وصية اوصيت بها لفلان وبهذا القدر لا يثبت الرجوع ولو قال
كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لعقب عمرو وعمرو حي ثم مات عمرو قبل الموصي
وله عقب فهي لعقبه لانه لما كان لعمرو عقب يوم موت الموصي صح النقل الى
عقبه وان لم يكن له عقب يوم الوصية لان الوصية انما تتم وقت موت الموصي
واذا ظهر العقب الى ذلك الوقت صح النقل كما لو اوصى لولد عبد الله ولعبد الله
ولد مات الموصي صحت الوصية وان لم يكن له ولد يوم الوصية واذا صح النقل
كان رجوعا عن الاولى الا ترى انه لو قال ثلث مالي لولد عبد الله ولعبد الله
ولد يوم الوصية ثم مات وولد له اخر ثم مات الموصي فالثلث لولده الثاني
لانه اذا لم يعين الولد والوصية ايجاب عند الموت صار قابلا الا عند الموت ثلث
مالي لولد عبد الله الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله ولا مال له او كان له مال
وهلك ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماله عند الموت ولهذا لو قال ثلث مالي
لفلان ولولد عبد الله فمات عبد الله قبل موت الموصي كان لفلان كل الثلث لانه
اذا ابهم ولد عبد الله ولم يعين بالاشارة كانت الوصية ايجابا للولد المولود عند
موت الموصي فاذا لم يوجد لم يثبت المزاحمة والوصية كانت بلفظ يستحق به
الثلث فيسلم له كل الثلث بخلاف ما لو قال ثلث مالي لفلان ولولد عبد الله هذا
فمات ولد عبد الله ثم مات الموصي كان لفلان نصف الثلث لان الوصية وقعت للمعين
هو من اهل الاستحقاق فثبتت المزاحمة فبعد ذلك وان زالت المزاحمة لا ينكامل
حق الاخر فالحاصل ان الموصى له اذا كان معينا وقت الوصية كانت الوصية ايجابا

له عند وجودها وان لم يكن معينا ويعين عند الموت صحت الوصية وتعتبر ايجابا
عند الموت وكان تعيينه عند الموت كتعيينه عند الوصية اعتبارا للموصى له
بالموصى به فانه لو اوصى بعين لا يملكه ثم ملكه لا تصح الوصية وتعتبر ايجابا
وقت الوصية ولو اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم استفاد مالا صحت الوصية وتعتبر
ايجابا عند الموت وان مات الموصي قبل عمرو فالوصية لفلان على حالها لان عمرو
اذا كان حيا يوم موت الموصي لم يوجد الموصى له لا وقت الوصية ولا وقت الموت (عقب صح)
لان عمرو ومن يخلفه من اولاده يوم مات ولم يوجد متى كان عمرو حيا حتى مات
الموصي فلم يصح النقل فلم يثبت الرجوع عن الوصية الاولى ضمنا له ولو مات عمرو
وترك عقبا ثم مات عقبه قبل موت الموصي فالوصية ميراث لورثة الموصي
لانه وجد الموصى له الثاني فصح النقل فثبت الرجوع ثم بطلت الوصية للعقب
بموت الموصى له قبل موت الموصي فصار ميراثا لورثته وفي شرح الكرخي رحمه الله قال
ابن سماعة رحمهما الله في رجل اوصى لفلان ولعقب فلان يعني رجلا اخر قال فان
مات الموصي والموصى لعقبه حي فالوصية لعقبه باطلة والثلث لفلان الذي اوصى
لان العقب في قول محمد رحمه الله انما يكون بعد الموت وان مات الموصى لعقبه
قبل موت الموصي فالوصية جائزة ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان على قدر
الرؤس وعقب فلان من الذكور والاناث فان لم يكن له ولد فولد ولده الذكور
دون الاناث وغير ولد الاناث لان ولد ابنه من الذكور والاناث عقب له فاما
ولد بناته فليسوا من عقبه والاصل في ذلك ان العقب عبارة عمن وجد من
الولد بعد موت الانسان فاما في حال حيوته فليس بعقب له لان العقب ما يثبت
بعد غيره اما ما يوجد معه فلا يقال انه عقب فاذا مات الموصي والموصى لعقبه
باق فهذا رجل اوصى بثلث ماله لفلان والعقب غير موجود فلا تقع المشاركة
فبقي الثلث لفلان خاصة لان قوله اوصيت بثلث مالي لفلان وصية تامة
وانما انتقض بالمزاحمة وقد انعدمت واما اذا كان الموصى لعقبه قد مات
قبل موت الموصي فقد وجد العقب فصحت المشاركة وانما قدم ولد الصلب
على ولد الولد لان الاسم يتناول الاعلى الا ترى ان ولد الولد عقب لابيهم واباؤهم

فلان

عقب لجدهم فان عدم الابا فاولد الولد لان الاسم تتنا ولهم كما لو اوصى لولد
وله ولد لصلبه وولد ولد وانما لم يدخل ولد البنات لانهم عقب لاباهم وسوى
بين الذكور والاناث لان الاستحقاق بالوصيه استحقاق بعقد فيستوي فيه
الذكر والانثى كالهبه والبيع وانما سوى بين الموصى له بالثلث وبين عقب
فلان وقسم على روسهم لان الاسم تناول جماعتهم فصار كما لو قال اوصيت
بثلث مالي لفلان وفلان بينا ولون في الوصيه ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان
ولورثته فلان وان مات الموصي قبل ان يموت الموصى لورثته فان الوصيه لهم باطله
والثلث لفلان وان مات الموصي لورثته قبل موت الموصي ثم مات الموصي فان الثلث
بين فلان وبين ورثته فلان على عدد روسهم لان الورثه لا يتناولهم الاسم الا بعد
موت المورث فهم كالعقب واما قوله ان الوصيه بينهم على عدد الروس انما
يعني به ان ورثته فلان يقاسمون الموصى له بالثلث بروسهم لمشاركتهم له في
الوصيه فما اصابهم من ذلك قسموه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما علق
الوصيه بالارث دل على ان معنى الارث معتبر فيها وقد فرقوا بين الوصيه
لبني فلان وورثته فلان فقالوا اذا اوصى لبني فلان فالذكر والانثى فيه سوا
لان الاستحقاق بعقد يقتضي التساوي واذا اوصى لورثته فلان كان على
التفاضل لان تعلق الوصيه باسم الارث يقتضي اعتبار الارث قال ابن سماعه
عن محمد رحمهما الله في رجل اوصى لعصبه فلان فمات الموصي والموصى لعصبته
حي فالوصيه لعصبته جايزه وليس هذا كورثته وعقبه لان العصبه يتناولهم
الاسم في حياته من هم عصبه له كما بينا ولهم بعد موته ولهذا يقال ان اوليا
المراه عصابتها وقال عليه السلم النكاح الى العصبات واذا ثبت ولهم الاسم
استحقوا الوصيه فان كان لفلان ابن واب فعصبته ابنه دون ابيه ودون اخوته
ودون عمومته وان لم يكن له ابن فابوه عصبته وان لم يكن له اب فاخوته عصبته
دون عمومته وهذا على ترتيب العصبه فالعصبه البنون ثم الابا ثم الاجداد
وعلى قول ابي حنيفه رحمه الله ثم الاخوه ثم الاعمام لا يكون البعيد عصبه
مع القريب وفي العيون لو ان رجلا قال ثلث مالي لفلان ولبني تميم فالثلث كله

لفلان ولو قال ثلث مالي لفلان ولرجل من المسلمين فلفلان من ذلك النصف
ولو قال لفلان ولتسعه من المسلمين كان لفلان عشره وتسعه اعشاره باطله
لان بني تميم اقوام لا يحصون فيسلم ثلث ماله لفلان ويلغوا الاضافه الى بني تميم
بخلاف ما اذا قال لرجل من المسلمين لانه اشرك معه في الثلث رجلا من
المسلمين وهو مجهول لكنه امكن اعتبار القسمه فيه فيكون لفلان النصف
وما اصاب الرجل المجهول لم يصح وكذلك اذا اشرك معه تسعه لانه امكن
اعتبار القسمه فيه وهو عاشر عشره فما اصاب النفر التسعه بطلت باعتبار
الجهاله وما اصابه صح والله اعلم

باب الوصيه

يوصي بها الرجل وعليه دين وله عبد فيباع العبد في الدين ثم يخرج للميت مال
اصل الباب ان الدين مقدم على الميراث والوصيه على ما ذكرنا وحرف
اخر ان الدين القليل لا يمنع وقوع الملك للموصى له في الموصى به والكثير يمنع
لان الوصيه اخت الميراث والجواب في الميراث على هذا التفصيل كما ذكرنا من
قبل فكذا في الوصيه وحرف اخر ان الموصى له متى قضى دين الميت من الموصى
به وهو مجبر على القضا كان له الرجوع بما قضى في مال الميت لانه بمنزله الوا
والوارث له الرجوع بما قضى في التركه فكذا الموصى له اذا كان مجبرا على القضا
اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله رجل اوصى لرجل بعبد يساوي الف
درهم وله على الناس عشره الاف درهم وليس له عين سوى العبد وعليه الفي درهم
دين ثم مات وطلب الغرما بيع العبد بديونهم ولم ينتظر واخروج الدين يجيبهم
القاضي الى ذلك ويبيع العبد بديونهم لان الدين مقدم على الوصيه والدين
الذي له على الناس كالتاوي فلهم ان لا ينتظروا خروج الدين الا ترى ان الوارث
قال لا ابيع العبد في الدين لان العبد ملكي فان الدين القليل لا يمنع الميراث فانتظروا
خروج الدين وخذوا حقكم منه لا يكون له ذلك ويباع العبد بدين الميت ويجعل
التوى على الوارث لا على الغرما لتقدم الدين على الميراث فكذا الوصيه وهذا
لان قضا الدين من حوايج الميت وحاجته مقدمه على الميراث والوصيه الا ترى
ان في الدين القليل لا تجوز القسمه لحق الميت لا لحق الغرما فلا يبطل حق الميت

برضاهم ووصيه هذا ان يبيع القاضي العبد بغير طلب الغرما لان البيع لحق الميت
وقد عجز عن النظر لنفسه وللقاضي ولاية النظر في حق من عجز عن النظر لنفسه
بنفسه كما له ولاية التصرف في مال الصغير والمجنون والمفقود وهذا لان الملك
للموصي له غير ظاهر في العبد اما لان الدين قبل الخروج كالتاوي فتكون التركة
كالمستغرقة بالدين ولكنه قايم لكون الدين غير مستغرق حقيقة لكن مع هذا
الفدا استيفا واجب فان باعه القاضي بالف وخمسمايه وقيمته الف يدفع الثمن
الي الغرما ياخذون بقيه دينهم خمسمايه واخذ الموصي له ثمن العبد الفا وخمسمايه
لانه لو لم ياخذ وصيته لجعل الدين في حصته دون حصة الورثه وذلك لا يجوز
لان الدين لا يمنع الميراث كما يمنع الوصيه وهذا لان وصيته قد صحت لان العبد
يخرج من الثلث الا ان الشرع قدم الدين عليه وامره بقضا الدين من وصيته وقد
فكان له الرجوع لانه قضي الدين بامر القاضي فكان مجبرا عليه الا ترى ان الوارث
اذا قضي دين الميت من ماله لا يكون متبرعا لكونه مطالبا وان لم يتعلق فهنا اولى
وكذا المعير اذا قضي دين المستعير لا يكون متبرعا وان لم يكن مطالبا لكونه مضطرا
ومديون الميت اذا قضي دين الميت لا يكون متبرعا وفي العيون هشام رحمه الله
قال اخبرني محمد رحمه الله ان ابا حنيفه رحمه الله وابا يوسف رحمه الله قالا في رجل
مات وله غلام قد كاتبه على الف درهم وعلى الميت لانسان الف درهم فقضاها
المكاتب الغريم قضي ماله على مولاه بغير امر الوصي في القياس باطل ولا يعتق حتى
يعتقه القاضي ولكنا ندع القياس ويعتق بالادا الى الغريم وجه القياس ان
الكتابه توجب ادا المكاتبه الى المولى او الى من يخلفه من وارث او وصي فلا ادا
الى الغريم لم يقع موقعه فصار كما لو اداه الى الاجنبي وجه الاستحسان
ان الغريم يستحق بدل الكتابه لان حقه تعين فيه اذا لم يترك غيره وقد اوصل
الحق الى المستحق وصار كما لو دفعه الى الوصي هشام عن محمد رحمهما الله في رجل
في يده الف درهم لرجل وديعه قد مات وعليه الف درهم معروفه انها عليه
دين وترك ابنا فقضي المستودع الالف الى الغريم قال لا يضمن لان الالف للميت
وقضاها غريم الميت وليس للابن ميراث حتى يقضي الدين قال هشام رحمه الله

قلت لمحمد فان كان للميت على رجل الف درهم ولرجل اخر على الميت الف درهم
فقضي الذي عليه للميت عليه الف درهم الالف التي عليه للميت وللميت وصي بغير امره
قال محمد رحمه الله ان كان حين قضاه قال هذا الالف التي لفلان الميت على من
الالف التي لك على الميت فهو جايز وان لم يقل ذلك ولكنه قضاه الالف عن الميت
فهو متبرع والالف عليه اما في الوديعه لان المودع يد المودع وقد تعلق حق
الغريم بهذا المال والارث متاخر عن الدين ولو لم يكن في التركة دين ودفعه الى
الوارث لم يضمن فاذا دفعه الى من هو مقدم على الوارث لا يضمن بخلاف المديون
لان الدين يتقرر للميت في ذمته ولم يتعين حق الميت في الالف التي قضى الا ان
يقبضها عن دينه فاذا لم يقل صار متبرعا والالف متعين في الوديعه فلا يشترط
التنصيص عليه قال هشام رحمه الله قلت لمحمد رحمه الله فلو ان رجلا له عند
رجل الف درهم وديعه ولاخر على هذا الرجل الف درهم يقضي هذا الذي عنده
الوديعه الرجل الذي له الدين قال محمد رحمه الله رب المال بالخيار ان شا
ضمن المستودع وسلم المال للذي قبض لانه متطوع وان شا اجاز القضا لان في
حال حيوته لم يتعلق حق الغريم بهذا المال ولم يتعين له مال لان الدين مستقر في
ذمته لا بعين مال وقد تصرف في ماله بغير امره فكان له التضمين وليس له ان
يسترد لان تبرعه بقضا دينه فصحيح فان قالت الورثه ندفع البدل قيمة العبد
وهي الف درهم ليس لهم ذلك وله ان ياخذ الثمن الفا وخمسمايه لان القاضي لما باعه
بالدين نفذ تحول حق الموصي له من العبد الى الثمن لان الموصي له لما عجز عن اخذ
العبد صار كانه غايب وللقاضي ولاية التدبير في مال الغايب الا ترى ان العبد
الابق والدابه الضاله اذا رفع الى القاضي كان له ان يبيعه ويحول حق صاحبه
الى الثمن كذلك هنا لما باعه القاضي تحول حق صاحبه الى الثمن من الرقبه فله
ان ياخذ مقدار الثمن وهذا لانه تبين انه بيع على ملكه فيكون الثمن له ولا
يتبين به فساد البيع لانه لا يتبين به بطلان سبب ولاية القاضي بالبيع وهو
عجزه عن الانتفاع بماله والوصول اليه الا ترى ان القاضي لو فسخ البيع لسبب
الاباق قبل القبض ثم عاد لا يعود البيع لانه لا يتبين به بطلان سبب الفسخ

وهوا العجز عن تسليم المبيع لذلك هنا وكذا لو باع القاضي بتسعمائة وخمسين جاز
بيعه لان هذه محاباة يسيرة يتغابن الناس في مثلها فكان عفوا فاذا اخرج
الدين ياخذ الموصى له تسعمائة وخمسين لان قضاء الدين وقع به وليس له المطالبة
بقيمة العبد لما ذكرنا ان حقه تحول من العين الى الثمن لورود البيع على ملكه
وكذا لو باعه باكثر من قيمته او باقل مما يتغابن الناس فيه لا يكون للموصى له الا
ثمن العبد ولو خرج البيع قبل دفع الثمن الى الغرما فاراد الموصى له نقض البيع
واخذ العبد ليس له ذلك لان القاضي باع بولاية شرعية وانتقل حقه الى الثمن
كما اذا باع مال الغايب للحاجة الى الحفظ ثم حضر الغايب او بلغ الصبي والله اعلم

باب الوصية التي تقع لاقل مما سمى

اصل الباب ان الوصية انما تنفذ على حسب ما اوجبه الموصى لانه تمليك عليه ولا يجوز
التمليك عليه بغير رضاه وهو انما اوصى على الوجه الذي اوجبه الا ترى ان زوال
اسم الموصى به يبطل الوصية حتى لو اوصى لرجل بحنطة فصنعها الريح والعبث في
الطاحونة فصارت دقيقا تبطل الوصية لانه ما رضي بتمليك الدقيق عليه وحرف
اخر ان الوصية للموجود صحيحة وللمعدوم لا لان الوصية تمليك بعد الموت والتمليك
للموجود يصح وللمعدوم لا يصح لانه لا يصلح مستحقا والكلام الصحيح لا يتغير بضم
اللغو اليه لان اللغو من الكلام وجوده وعدمه بمنزلة في حق الحكم ويتغير
بكلام صحيح يوجد بعده لان اول الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما
يغير حكم اوله ولهذا جاز الحاق الاستثناء والشرط به وصح العطف حتى يتوقف الحكم
على وجود المعطوف والمعطوف عليه اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله
رجل قال اوصيت بثلث مالي لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا البنون خمسة
فالثلث لهم وقوله وهم سبعة حشو لان قوله اوصيت بثلث مالي لبني عمرو كلام
تام ووصية صحيحة فلا يتغير بقوله وهم سبعة لانه لغو من الكلام لان اسم الاكثر
لا ينطلق على الاقل من العدد بوجه ما وهذا لانه وصفهم بغير عددهم فيلغو
قولهم سبعة وتبقى الوصية لهم قال محمد رحمه الله الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث
مالي لعمرو وخالد ابني فلان فاذا احدهما ميت كان الثلث كله للحي لما ذكرنا انه

لو اقتصر على قوله ثلث مالي لعمرو كان جميع الثلث له فلما قال وخالد وهو ميت
كان لغوا من الكلام فلا يتغير به صدر الكلام الا ترى انه لو قال اوصيت بثلث
مالي لبني عمرو بن حماد الطوال فصار كان الثلث لهم لانه وصفهم بغير وصفهم
فيلغو وهذا لانه اضاف الوصية الى الموجود والمعدوم والوصية للموجود
جايزة وللمعدوم باطلة فصحت الاضافة الى الموجود وبطلت في المعدوم كما لو
اوصى بثلث ماله لزيد ولعقبه فالثلث كله لزيد لان الاضافة الى عقبه فاسد
لما ذكرنا ان عقبه من يعقبه فاذا كان حيا لا يكون عقب فبطلت الاضافة الى
عقبه فيكون الثلث له وكذا لو اوصى بثلث ماله لفلان وفلان واحدهما ميت
كان جميع الثلث للحي سوا علم بموته او لم يعلم لانه اوصى بكل الثلث فاذا عطف
الثاني ولم يذكر له خبرا كان مخبرا للاول خبرا للثاني كانه قال اوصيت بثلث
مالي لفلان ولو صرح به يكون موصيا لكل واحد منهما بجميع الثلث ولا يكون الثاني
دافعا للاول لان حكم الوصية لا يثبت في الحال فجاز ان ينعقد الثاني مع
الاول كما لو وكل رجلا ببيع ماله ثم وكل اخر واذا صار موصيا لكل واحد
منهما بجميع الثلث فلو انتقص انما ينتقص بالمزاحمة ولم يتحقق المزاحمة لان الميت
ليس من اهل اثبات الملك له ولانه جمع بين من تصح له الوصية وبين من لا
تصح وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بالموت كان للحي نصف الثلث لانه اذا
علم كان لاغيا هازلا فبطل ذكر الميت كما لو ضم اليه حايطا او دابة اما اذا لم
يعلم كان قصده الشركة والوصية لكل واحد منهما بنصف الثلث وصحة الوصية تعتمد
القصد فلا يستحق كل الثلث ووجه ظاهر الرواية ان النقصان بحكم المزاحمة على ما
ذكرنا وقياس رواية ابي يوسف رحمه الله في مسئلتنا ينبغي انه لو علم انهم خمسة
كان الثلث لهم واذا لم يعلم كان لهم حصتهم من الثلث اذا قسم على سبعة ولو قال اوصيت
بثلث مالي لبني فلان فان كان له بنون ثلاثة او اكثر او اثنان فالثلث لهم لان البنين
اسم جمع والثلاثة فما فوقها جمع تام وللاثنين حكم الجمع في باب الوصية وفي باب
الميراث ولو كان له ابن واحد فله نصف الثلث لان اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم
في الوصية اثنان فكان للواحد نصف الثلث ولو اوصى بثلث ماله لابني فلان ولم يكن

لفلان الا ابن واحد بان مات احدهما او لم يكن له الا ابن واحد فله نصف الثلث لانه
لم يوجد جميع الاسم المضاف اليه الوصية لانه اضاف الوصية الى ابني فلان
والواحد لا ينطلق عليه اسم الاثنين فلا يجوز ان يستحق الثلث ويستحق نصفه لان
هذا ايجاب بصيغة الاثنين فيكون لاحدهما نصف الثلث كما لو قال ثلث ما لي بين
زيد وعقبة كان لزيد نصف الثلث وكذا لو قال ثلث ما لي بين فلان وفلان
واحدهما ميت كان للحي نصف الثلث علم الموصي بذلك او لم يعلم لان كلمة بين في الاصل
للتنصيف ولهذا لو قال ثلث ما لي بين فلان وبين هذا الحائط كان لفلان نصف
الثلث وكذا لو قال ثلث ما لي بين فلان ولم يزد عليه كان له نصف الثلث الا ترى
انه لو قال لامرأتين له بينكما تطليقتان يقع على كل واحدة واحدة والوصية اذا
وقعت بلفظة التبعيض لا تتكامل بخلاف المسألة الاولى لان قوله وهم ستة لغو
من الكلام فبقي قوله اوصيت لبني فلان ولو قال هكذا ولفلان ثلاثة بنين يعطى جميع
الثلث لهم لوجود جميع الاسم المضاف اليه الوصية وهم البنون ولو قال اوصيت
بثلث ما لي لابني فلان عمرو وحماد ولم يكن له الا عمرو فالثلث كله له لانه وجد
جميع الاسم المضاف اليه الوصية لانه لما قال لابني فلان عمرو وحماد فقد فسر
بما ذكره اول مرة والاصل ان الكلام اذا تعقبه تفسير كانت العبرة للتفسير
وتسقط اعتبار المفسر فصار كانه قال اوصيت بثلث ما لي لعمرو وحماد ابني فلان
ولو قال هكذا او لم يقل لفلان ابن غير عمرو كان جميع الثلث له وهذا لانه اضاف
الثلث الى عمرو وضم اليه حمادا ولم يصح الضم اذا كان ميتا فلم تثبت الشركة فوجد
جميع الاسم المضاف اليه الوصية اما في المسألة الاولى اضاف الوصية الى ابني فلان
والواحد لا يسمى اثنين فلم يوجد الاسم المضاف اليه وهذا لانه اضاف اليهما بحرف
الجمع وقوله ابني فلان لا يفيد لان ملك اضافة على الابهام وقد سمى كل واحد منهما
على حدة فاستغني عن ذلك لان التسمية كالاشارة فبطل قوله ابني فلان وبقي
قوله اوصيت لعمرو وحماد وهذا اضافة الى الموجود والمعدوم الى هذا اشار
محمد رحمه الله بقوله ولا تشبه التسمية في هذا غير التسمية لانه اذا سمى كان
الايجاب بناء على التسمية وهو قوله عمرو وحماد ولا يجوز ان يكون الايجاب مبنيا

على قوله ابني فلان عمرو وحماد تفسيرا له فعلى هذا يكون للحي منهما نصف الثلث
كما لو لم يفسر قلنا انما يفيد التفسير ويحمل عليه اذا كان لفلان ابن اخر اما اذا لم
يكن فلا يحمل عليه بل يحمل على ما ذكرنا وان كان تفسيرا فالحكم للتفسير على ما مر
بخلاف ما اذا اقتصر على قوله ابني فلان لانه لم يوجد الاضافة الى كل واحد على
الانفراد وانما اضاف مفسرا حيث اضاف الى ابني الواحد لا يستحق اسم المثنى
وكان للموجود نصف الثلث او نقول لما احتمل الوجهان كان الحمل على ما يحمل التكثير
اولى لانه عقد مندوب ثم فرق بين قوله ابني فلان حتى يستحق الحي نصف الثلث
وبين قوله لفلان وفلان واحدهما ميت والفرق ما ذكرنا ان ثمة اضاف الثلث الى
هذا او الى هذا وانما تثبت الشركة بحكم المزاحمة فاذا لم يكن معه اخر بقيت الاضافة
اليه على حالها اما هنا اضاف اليهما جملة فتصير نصيب كل واحد منهما نصف الثلث
وكذا لو قال اوصيت لعمرو وحماد ابني فلان وهذا اظهر ولو قال اوصيت بثلث
ما لي لفلان وهم ثلاثة فاذا هم خمسة فالثلث لثلاثة منهم والخيار الى الورثة
لان الموصي لم يوص لاكثر من ثلاثة فلا يعطى لاكثر منهم وقوله وهم ثلاثة وهم خمسة
صحيح وليس بلغو لانه تخصيص بعض ما تناوله اسم البنين اذا كانوا خمسة وتخصيص
الاسم العام باللفظ صحيح واذا صح تغير صدر الكلام فصار كانه قال اوصيت لثلاثة
من بني فلان ولو قال هكذا صحت الوصية لثلاثة منهم والخيار الى الورثة ولانه
لما اضاف في الابتداء اليهم ثم سمى ثلاثة منهم كان رجوعا عن البواقي كما لو عين ثلاثة منهم
بان يقول اوصيت بثلث ما لي لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا لفلان بنون
غير ما سمى كان الثلث لمن سمى كذلك هنا وهذا استشهد في الاصل لان التسمية وعدم
التسمية سواء في حق صحة الايجاب في الوصية الا انه اذا سمى كان الموصى له معلوما ولا
خيار للورثة واذا لم يسم كان مجهولا والتعيين الى الورثة كان الاستحقاق عليهم او
لقيامهم مقام الميت فصار كما لو اوصى باحد هذين العبدين لفلان او بعتق احد
هذين العبدين كان الخيار الى الورثة كذلك هنا وهذا القدر من الجهالة لا يمنع
صحة الوصية لانها مستدركة وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله ظاهر اما
على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله يجوز ان يقال الوصية باطلة لانه ذكر الاختلا

حنيفه
بين اصحابنا رحمهم الله في رجل اوصي بثلث ماله لفلان او فلان روي عن ابي
رحمه الله ان الوصيه باطله لان الموصي له مجهول وعن ابي يوسف رحمه الله ان
الثلث بينهما نصفان وفي قول محمد رحمه الله الي الورثه وقد ذكرناها في الباب
الثاني كذلك هنا لما اوصي لثلثه من الخمسه في قول ابي حنيفه رحمه الله يجوز
ان يقال الوصيه باطله للجهاله ويجوز ان يقال هذا علي قولهم لان مخرج كلامه
صحيح لانه اضاف الي بني فلان وانما ظهرت الجهاله بعد صحه الكلام بخلاف قوله
اوصيت لفلان وفلان لانه اخرج الكلام مخرج الفساد حيث ادخل كلمه الشك
في كلامه فرق بين هذه المسئله وبينما اذا اوصي لواحد من عرض الناس او اوصي
لبني تميم وهم ممن لا يحصون ان الوصيه باطله والفرق ان الجهاله في مسئلتنا محصوره
والجهاله في باب الوصيه متي كانت مستدركه يمكن حصرها لا يمنع جواز الوصيه
كما لو اوصي بثلث ماله لاولاد فلان جازت الوصيه ويدخل فيها الموجودون يوم
الوصيه وما يحدث من بعد الي يوم الموت وهم مجهولون لكن لما كانت مستدركه
لا يمكن حصرها فان الواحد من عرض الناس لا يمكن حصره وكذا القبيله اذا كانوا
ممن لا يحصون فرق بين هذه المسئله وبينما اذا اوصي بثلث ماله لمواليه وله موال
اعتقهم وموال اعتقوه حيث لا تصح الوصيه لمكان الجهاله وان كانت مستدركه
والفرق ان البيان هنا متعذر لمن قام مقام الميت لان المقصود مختلف علي ما
ذكرنا بخلاف مسئلتنا ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسه ولفلان
ابن فلان فاذا بنو فلان ثلاثه فلهم ثلثه ارباع الثلث ولفلان ربعه لان قوله
وهم خمسه لغو لانه لم يصح الايجاب الا في الثلث من البنين فصار مزاحم المفرد
ثلاثه اشخاص كانه قال اوصيت لبني فلان ولفلان ابن فلان ولو قال اوصيت
لبني فلان وهم ثلثه فلان وفلان وفلان ولفلان بنون غيرهم فهو لمن سمي
لان هذا تفسير صحيح وقد ذكرنا ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلثه
ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسه فلفلان ربع الثلث وثلثه ارباعه
لثلثه من بني فلان والخيار الي الورثه لان قولهم وهم ثلاثه قد صح لانه
تخصيص لبعض ما تناوله الاسم فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لثلاثه

من بني فلان ولفلان ابن فلان ولو قال هكذا كان لفلان ابن فلان ربع الثلث
ولهم ثلثه الارباع كذلك هنا ولو قال ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان ولا
ثلاث بنين وللاخر ابن واحد فالثلث بينهم علي عدد روسهم لان الكل اهل
للوصيه فصار كانه قال ثلث مالي بين هولاء وان كان لاحدهما بنون وليس
للاخر ابن فالثلث لهم لانه لو اقتصر علي قوله ثلث مالي بين بني فلان كان ايجابا
لكل الثلث بينهم بالتسويه فاذا ضم اليهم المعدوم صار كانه اقتصر علي الاول
وفي الزيادات ولو قال ثلث مالي لفلان ولاولاد عبد الله هولاء فمات اولاد
عبد الله ثم مات الموصي كان لفلان حصته من الثلث لان الوصيه لمعين كان من
اهل الاستحقاق فتثبت المزاحمه فتعذر ذلك وان زالت المزاحمه لا يتكامل
حق الاخر بخلاف ما لو لم يعين اولاد عبد الله لانه اذا كان بغير عينه يعتبر
وقت الموت علي ما ذكرنا ولو قال ثلث مالي لفلان ولفلان ابن عبد الله ان
مت وهو فقير فمات الموصي وهو غني كان لفلان نصف الثلث لانه اشرك
المعين الا انه علق ثبوت حكم الوصيه بالشرط والوصيه لم تشرع الا مضافا
او معلقا فتعلق الحكم بالشرط لا يمنع انعقاد الوصيه كشرط بقا الموصي له
الي وقت ثبوت الموصي واذا انعقدت كانت موجبه لكل واحد منهما نصف
الثلث فان بطل استحقاق احدهما لعدم شرط زايد لا يزداد حق الاخر كما لو
اوصي لفلان وفلان ثم مات احدهما قبل موت الموصي بخلاف ما لو قال ثلث مالي
لفلان ولفقرا ولد عبد الله فمات الموصي وليس فيهم فقير او كانوا فقرا وقت
الوصيه ثم استغنوا عند الموت كان الثلث لفلان لان ولد عبد الله غير معين
فيعتبر ايجابا عند الموت ولو كان فيهم فقرا وقت الوصيه فاستغنوا واقتصر
قوم اخرون كان الثلث بين فلان وبين من كان فقيرا من ولد عبد الله يوم الموت
علي عدد روسهم لما قلنا ولو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في
هذا البيت ولم يكن في البيت فانه لفلان نصف الثلث لانه اشرك المعين في
الايجاب وعلقه بالشرط ولو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله
حيا فاذا هو كان ميتا كان للاول كل الثلث والفرق ان الحياه شرط صحه

كل

احدها

الايجاب فيجعل شرطاً لثبوت الحكم فيراعى وجوده وقت ثبوت الحكم ولو قال
ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان مت وهو حي فمات عبد الله بعد ذلك قبل موت
الموصي كان لفلان نصف الثلث لان الوصية وقعت لمعين فتثبت المزاحمة فلا
يتكامل حق الاخر بعد ذلك وفي شرح الكرخي رحمه الله بشر عن ابي يوسف
رحمهما الله في رجل اوصى بثلث ماله لرجل سمي واخبر الميت ان ثلث ماله الف
او قال وهو هذا فاذا ثلث ماله اكثر من الف فان ابا حنيفة رحمه الله قال له
الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمى باطلة لا ينقص الوصية خطاؤه في ماله
انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعاً في الوصية وهذا قول ابي يوسف رحمه الله
لانه اوصى بالثلث وبين ان الثلث المبلغ الذي ذكره وصحة الوصية لا يقف على
ذكر المبلغ فلم يوجد اسقاط بعض الوصية وحمل هذا على الغلط في القدر
ولانه لما احتمل ان يكون رجوعاً عما زاد على القدر المذكور واحتمل ان يكون
غلطا لا يبطل الوصية بالشك وكذا لو قال اوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة
فاذا هي اكثر وهي تخرج من الثلث فالوصية جائزة في جميعها لما قلنا ولو قال
قد اوصيت له بغنمي وهي هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في
القياس مثل ذلك ولكني ادع القياس واجعل له الغنم الذي سمى من الثلث
لانه لما اوصى بالغنم على الاطلاق وعينها واشار اليها فالوصية تتعين بما عينه
والاشارة في التعيين اقوى من الاضافة فلم يستحق ما لم تقع عليه الاشارة
بخلاف قوله اوصيت بثلث مالي وهو هذا لان التعيين فيما تعلق به الوصية
حتى يكون اقوى من الاضافة وانما وقعت الاشارة الى جملة المال وذلك لا
يمنع ان يكون ما سواه من ماله فلذلك تعلقت الوصية بالامرين اما هنا
اشار الى ما علق الوصية به وما سواه وان كان من غنمه فقد يجوز ان لا
يعلق الوصية فكذلك يتعلق الحكم بالاشارة ولو قال قد اوصيت برقيقي
وهم ثلثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه اوصى له بالرقيق
وغلط في العدد فلا يمنع استحقاق جميعهم والله اعلم

باب من الوصايا التي وقت فيها الموصي فتعجل او يكون الى اجل ما

اصل الباب ان كل شرط شرطه الموصي في الوصية ان كان مفيداً يعتبر
وان كان غير مفيد لا يعتبر لانا لو اعتبرناه لصار شرطاً شرعياً والشرع
لا يرد بما لا فائدة فيه اذا عرفنا هذا فقال محمد رحمه الله رجل قال
ثلث مالي لفلان ينفق عليه كل سنة مائة درهم منه فان الثلث لفلان
ملكا يصنع به ما بدا له لان قوله ثلث مالي لفلان وصية تامة مفيدة للملك
لفلان وقوله ينفق عليه كل سنة مائة درهم مشورة في مال الغير فلا يعتبر وقد
ذكرنا هذا من قبل فان قيل لم لا يجعل قوله ينفق عليه تفسيراً للوصية حتى
يكون وصية باتفاق الثلث فيكون العبرة للتفسير لا لاول الكلام قيل له هذا
لا يصلح تفسيراً لاول الكلام لان تفسير الشي ما يقرر الشي ويؤكده اما ما يبطله
وينقضه لا يصلح تفسيراً ولو جعلنا هذا التفسير لاول الكلام صار مبطلا
له لان اول الكلام وصية بالتمليك بدليل الاقتصار عليه ومتى جعل هذا
تفسيراً لا يبقى التمليك وهذا ليس برجوع عن اول الكلام بالشك بخلاف ما لو
قال اوصيت بان يعطى لفلان كل سنة من ثلثي كذا فانه يوقف على ملك الموصي
ويعطى له كل سنة ما قال ولا يعطى له جميع الثلث في الحال فان مات الموصى
له ولم يستكمل الثلث رد ما بقي من الثلث على ورثة الموصي لان الموصي لم يملك
الثلث من فلان انما امر ان يوقف على ملكه ثم يعطى فلان كل سنة كذا من ماله
وهذا الامر لاقى ملك الموصي لا ملك الموصى له فصح امره ووجب مراعاته كما
اوصى به بخلاف المسئلة الاولى لان الاشارة والمشورة وقعت في ملك الموصى له
فلم تجب مراعاته وهذا لما ذكرنا انه انما يعتبر من الشرط ما يفيد وهذا الشرط
غير مفيد لانه تمليك الثلث منه فسوا اعطوه دفعة واحدة او متفرقا
لا فائدة فيه للموصي ولا لورثته فلا يعتبر وهنا اوصى بان يعطى له شيئاً فشيئاً
لينفقه شيئاً فشيئاً وهذا شرط في ملك نفسه وانه مفيد لانه يلزم الورثة
ان يعطوه شيئاً فشيئاً ما دام حياً واذا مات انتهت الوصية فيعود ما بقي الى
ورثة الموصي وكانت فائدته راجعة الى ورثته في هذا الشرط فوجب اعتباره
وتوفيقه ولو قال اوصيت بثلثي في الحج يحج عني كل سنة حجة بمائتي درهم او

صح

قال يحج من ثلثي في كل سنة حجة بمائتين فانه يحج عنه بالثلث كله في سنة واحدة
حتى ياتي على جميع الثلث كل حجة بمائتي درهم ولا يؤخر لان الحج عبادة وكل
ما شرع فهو نفع للميت وانه لا فائدة في التاخير واعتبار شرطه لانه لا يتوهم
عود شيء من الثلث الى الورثة لان فوته الحج لا ينقطع عادة وفي التاخير احتمال
فوت غرضه بفوات المال فلما لم يكن شرط التاخير مفيدًا لا يعتبر بخلاف الاولى
لان التوزيع مفيد لاحتمال موت الموصى له فيعود ما بقي الى ورثته فينتفعون به
وكنفع المورث وكذا لو قال اوصيت بثلثي يشترى منه نسمة كل سنة بمائة
درهم فيعتق او اوصى بثلث ماله في المساكين يتصدق كل سنة بمائة درهم
او اوصى بان يتصدق من ثلثه كل سنة بمائة درهم على المساكين فانه يشترى
بالكل رقابًا ويعتق ولا يؤخر ويتصدق بجميع الثلث في السنة الاولى ولا
يؤخر ولانه لا يتوهم انقطاع المساكين وعود شيء الى الورثة والاعتاق قربة
في كل وقت ولا ينقطع فلا فائدة في التاخير وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله
انه يؤخر في الحج والاعتاق ويوزع كما شرط لان فيه فائدة في الجملة لان بعض
الازمنة قد يكون اوفق في امر الحج وفي شرى الرقاب بان يكون ارخص وفي
ظاهر الرواية تراعى الفائدة فيما مقصود الموصى وهو التقرب الى الله بماله الذي
سمى وذلك مما لا يتفاوت وفي التعجيل يحصل ذلك وفيه مسارعة الى الخيرات
فيعجل والفائدة معارضة فلا تعتبر والله اعلم

باب

ما يصدق فيه الوصي وما لا يصدق

اصل الباب ان الوصي متى
اقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه فكذبه الصغير ولا بينة للوصي
كان القول قوله فيما هو مفوض اليه كنفقة المثل في تلك المدة او زيادة يسيرة
على نفقة المثل لانه امين الميت وهو مسلط على ذلك شرعا والقول قول
الامين مع اليمين الا اذا ظهر فيه امارة الخيانة بان ادعى نفقة بخلاف العادة
فحينئذ لا يصدق لانه ادعى امرًا مستنكرًا او هو غير مسلط عليه من جهة
الشرع والامين اذا ادعى امرًا مستنكرًا لا يقبل قوله لقيام امارة الكذب
الا اذا اقام البينة او صدقه الصغير بعد البلوغ وان اقام البينة او

صدقه لم يظهر خيانته الا انه يضمن بالتضييع كما لو اشترى شيئا بغبن فاحش
بمعاينة الشهود ولانه في الوجه الاول امين ولم يقر بسبب الضمان بل الصبي
يدعي عليه الضمان وهو ينكر وفي الوجه الثاني يدعي البراءة عن الضمان والصبي
يكذبه ثم في الوجه الاول انما يصدق في حق براءة نفسه لا في وجوب الضمان
على الغير كالوكيل بالشرى اذا قال اشتريت ونقدت الثمن وقبضت المبيع وهلك
عندي ان كان الثمن منقودا كان القول قوله لانه امين ادعى البراءة عن الضمان
وان لم يكن منقودا لا يقبل قوله لانه يدعي الرجوع على الموكل وهو منكر وكذا
لو قال للوارثين بعد ما كبرا قد اعطيتكما الف درهم وهي الميراث فصدقه احدهما
وكذبه الاخر فالذي صدقه ضامن لمائتين وخمسين درهما لاخيه بعد ما
يحلف اخوه بالله ما قبض حصته والوصي بريء من النصيبين لانه امين
والقول قوله ثم المصدق يضمن حصته لانه اقر بقبض مال مشترك بينهما
ولم يظهر قبض المكذب الا بقول الوصي وهو مصدق في براءة نفسه لا في
ابطال حق الاخ المنكر لانه مصدق في حق نفسه لا في حق غيره والمصدق
بقبض مال مشترك صحت عليه رد نصيبه الا اذا نكل عن اليمين وهل
يقبل قول الوصي في حبس ما فوض اليه عند محمد رحمه الله لا وعند ابي
يوسف رحمه الله يقبل لما ذكرنا اذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله اذا
قال الوصي بعد بلوغ اليتيم انفقت عليك في صغرك مالك فانه يصدق
في نفقة مثله في تلك المدة لانه اقر بما كان مسلطا عليه من جهة الشرع
في مال الصبي فانه مسلط من جهة الشرع على الانفاق على الصغير نفقة
مثله من ماله لما فيه من احيائه وحفظه فلم يجعل مقرًا على نفسه بما هو
سبب الضمان في مال الصغير بل جعل الصغير مدعيا وهو منكر وكان
القول قوله مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة وانكر المودع
كان القول قوله مع اليمين لانه امين كذلك هاهنا ونفقة المثل ما يكون
بين الاسراف والتقتير قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم
يقتروا وكان بين ذلك قواما ولا يصدق في الفضل لانه اخبر عما هو

غير مسلط عليه في الشرع بل هو منهي عنه لانه اسراف فاذا اخبر بذلك
فقد اقر على نفسه باتلاف مال الصبي فيكون ضامنا ولذلك لو قال قد ترك
ابوك رقيقا وانفقت عليهم من مالك كذا وكذا ذلك نفقه مثلهم في تلك المده
ثم انهم ماتوا او ابقوا وقال الوارث لم يترك لي رقيقا فالقول قول الوصي
مع يمينه لانه مسلط عليه شرعا لان ذلك اصلاح مال الصغير وحفظه
والوصي كما يملك اصلاح نفس الصغير بالانفاق عليه يملك اصلاح ماله
بالانفاق عليه وكذا لو قال لم يترك ابوك رقيقا لكن اشتريت لك رقيقا
بالف درهم من مالك وانفقت عليهم من مالك كذي وكذي وانت صغير يومئذ
صغير وانكر الابن ذلك فالقول قول الوصي لانه اقر بما كان مسلطا
عليه من جهه الشرع في مال الصغير وهو شرى الرقيق والانفاق عليهم
فلم يكن مقرا بسبب وجوب الضمان كذلك ولو كان للميت عنده مال فقال
قد انفقت عليه منه كان القول قوله لانه ماذون في الانفاق وهو ممن
في الحال فكان القول قوله ولو كان الغلام في يد رجل يدعيه فقال
الوصي اشتريت لك هذا الغلام من هذا الرجل بالف درهم من مالك وقبضته
ودفعت اليه الثمن ثم انفقت عليه من مالك كذي وكذا درهما ثم غلبني عليه
واخذه مني والابن ينكر ذلك والذي في يده الغلام ويقول الغلام غلامي
وينكر ما يقوله الوصي لم يصدق الوصي فيما يدعي عليه من الشرى الا
ببينه والغلام لانه شاهد عليه او مدع ولكنه مصدق في حق اليتيم
ولا يضمن له شيا لانه اقر بما هو مسلط عليه شرعا لما ذكرنا ان الشرا
بمال اليتيم والانفاق بنفقه المثل مطلق له شرعا وصار كالمودع اذا
قال للمالك امرتني بدفع الوديعه الى فلان ودفعته وصدقه المالك في
الامر بالدفع اليه وكذبه في الدفع وانكر فلان الدفع اليه ايضا يصدق
في براه نفسه عن ضمان الوديعه ولا يصدق على الوكيل والرسول بالدفع
اليه كذلك هنا ولو كان للابن الوارث عبد تركه ابوه فقال الوصي ان
عبدك هذا ابق الى الشام فجاء به رجل من مسيره ثلثه ايام واعطيت جعله

اربعين درهم ولا يعلم ذلك الا بقوله وكذبه الابن في ذلك عند ابي يوسف رحمه الله
القول قول الوصي مع يمينه وعند محمد رحمه الله لا يصدق ويضمن الجعل الا ان يقيم
البينه على ما ادعى من الاباق واخذ الرجل اياه من مسيره ثلثه ايام لانه اخبر عما
هو غير مسلط عليه شرعا في مال الصغير فلا يصدق الا ببينه او بتصديق
الصغير كما لو قال ان عبدك قد جنى ففديته من مالك كذا وانما قلنا ذلك لانه لم
يصف وجوب المال الذي اقر به الى فعل نفسه فان الجعل انما يجب باباق العبد
ورد الراد واباق العبد ورد الراد ليس بفعل الوصي فلا يكون مسلطا عليه لانه
انما سلط على افعاله فصار مقرا بسبب الضمان وهو دفع ماله الى غيره بامر
لم يكن مسلطا عليه وهذا انما يصح اخباره عن ادائه بعد ما ثبت وجوبه ولم يثبت
وجوبه بقوله لانه انما يثبت وجوبه بقوله ان لو ثبت بنا على سبب يدخل تحت
ولايته كالاجره والثمن ونحوه وجعل الاباق لا يجب بفعله وقوله انما يجب باباق
العبد ورد الراد ومتى لم يكن سببه داخلا تحت ولايته لا يكون الاخبار عن
الوجوب بنا عليه داخلا تحت ولايته ايضا وصار بمنزله الاخبار عن ادا
ضمان استهلكه الصبي والصبي ينكر لم يصدق كذلك هنا لانه ايجاب الضمان على
الصبي بجنايه وجبت من الغير بخلاف الشرى والانفاق لانه فعل الوصي وهو
مسلطا عليه شرعا وهذا لان الجعل يجب في رقبه العبد ولهذا لو هلك قبل
الرد لا يجب الجعل ولو امتنع المالك عن ادا الجعل يباع العبد فصار كالاقرار
على العبد بالدين واقرار الوصي بالدين على عبد الصبي لا يجوز وذكر في الكتاب
ان الجعل يلزم رب العبد وهو الصبي فكان الوصي اقر بالدين على الصبي فلا
يصدق الا اذا اقام البينه على الاباق والرد فحينئذ يصدق على اعطا الجعل
لان الدين ظهر لا بقوله بل بالبينه فكان القول قوله في قضايه استشهد
محمد رحمه الله للفرق بين هذه المسله وبين الشرى فقال الا ترى ان الوصي
لو احضر رجلا الى القاضي وقال ان هذا اخذ عبدا لهذا الصغير كان قد ابق
وجا به من مسيره ثلثه ايام فمرني بدفع الجعل من ماله فان القاضي لا يامره
بان يعطيه شيا من مال اليتيم الا بحجه اقامها على الاباق والرد فكذلك

من هذا

اذا اعطى بغير امر القاضي ومثله لو قال اشتريت لهذا الصغير غلاما
الرجل بالف درهم وقبضته منه واقر الرجل بذلك عند القاضي والابن يومئذ
صغير فان القاضي يصدقه فيما قال بغير بينه ويامره باداء الثمن فمتى جاز ان
يصدقه في حالة الصغر جاز ان يصدقه في حالة الكبر اذا اضافه الى حالة
الصغر وفي جعل الابق لما لم يصدقه القاضي في حالة الصغر لا يصدقه
في حالة الكبر وان اضافه الى حالة الصغر لابي يوسف رحمه الله انه اقر بما هو
مسلط عليه من جهة في مال الصبي لانه اقر انه اعطى من ماله شيا واخذ
بازاه بدلا يعدله او زايدا عليه لان الجعل اما ان يجب بدلا عن عمله الراد
او عن العبد من حيث انه كان هالكا فاحياه فكان الصغير استفاد الملك
من جهة الراد كالشري ولهذا قالوا للراد ان يحبس العبد حتى يستوفي الجعل
كانه باع منه والوصي مسلط من جهة الشرع في مال الصغير على ان يعطي
من ماله شيا وياخذ بازاه بدلا يعدله ولان الراد مستاجر الشرع لان
الشرع اوجب الاجر ولو كان القاضي او الوصي استاجره ليرد الابق وادعى
الاستيجار ودفع الاجره كان مصدقا كذلك ولانه اخبر عن اداء ضمان واجب
بها على سبب نفع عاده فوجب ان يصدق فيه كما لو ادعى انه رجلا ليرده لان
له ولانه الاداء شرعا لانه ضمان واجب شرعا ولانه مؤنة في مقابله نفع ولهذا
جاز ايجابه على المكاتب والماذون فصار اخباره عن اداء هذا الواجب والا
خبار عن اداء الاجر سوا واما ما ذكر من الاستشهاد فهو على الخلاف ايضا
ويلزمه القاضي اعطا الجعل ويصدقه في ذلك عند ابي يوسف رحمه الله
كما يلزمه اداء الثمن ومحمد رحمه الله كثيرا ما يستشهد بالمختلف على المختلف
نقلا للكلام الى ما هو الاوضح ثم الفرق ان ثمه لم يدفع المال وقد اقر بالدين
على الصغير فلا يصدق واما هنا منكر وجوب الضمان على نفسه لان الوارث
يدعي عليه الضمان وهو منكر وهو مصدق في براه نفسه عن الضمان غير
مصدق في ايجاب الدين على الصغير ولو قال الوصي بعد ما كبر الصغير
مات ابوك منذ عشر سنين وترك ارضا خراجيه واديت خراجها عشر

عشر سنين في كل سنه كذا وقال الوارث لم تمت ابي الا منذ سنتين فالقول
قول الوصي في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله القول قول
الوارث ولا يصدق الوصي الا بحجه وكذا لو لم يختلفا في تاريخ الموت ولكن
اختلفا في اداء الخراج فهو على الاختلاف ايضا لمحمد رحمه الله ما ذكرنا انه
اخبر بما هو غير مسلط عليه من جهة الشرع في مال الصغير لانه اضاف
وجوب ما اقر به في مال الصغير الى ما ليس من فعله فانه اقر بوجوب
الخراج والخراج انما يجب لاجل رب الصغير من مورثه ارضا خراجيه وسلامه
الخارج من الارض اما حقيقه او اعتبارا او كل ذلك من فعل الوصي ولان
الخراج يجب على رب الارض لاجل ملكه فكان مدعيا وجوب الدين عليه
فبقدر ما اقر به تجوز ولا تجب الزياده الا بحجه كما في جعل الابق لابي يوسف
رحمه الله ان الخراج بمنزله البدل عن الغله اذا ادركت ولهذا قال في
العشر والخراج ان الغله اذا ادركت كان للسلطان ان يحبسها حتى يستوفي
الخراج من صاحب الارض كان صاحب الغله من جهة السلطان حتى دفع
العدو عن ارضه خارج المصر واذا كان الخراج بمنزله البدل عن الغله فانه
باقراره باداء الخراج من ماله اقر انه اعطى شيا من ماله واخذ بازاه بدلا يعدله
وهي الغله وكان مسلطا عليه كما في الشري والانفاق وجعل الابق ولانه
ادعى دفع الاجره التي اوجبها الشرع فيصدق كما لو استاجر شيا وادعى دفع
الاجره ولو تصادقا على وقت الموت ووجوب الخراج يصدق بالاجماع لان
للوصي ولايه اداء الواجبات المالية عليه من ماله كنفقه الزوجات والاقارب
وصدقه الفطر ولو تصادقا على وقت الموت لكن اختلفا في التمكن من الزراعه
ووجوب الخراج فقال الوصي مات ابوك منذ عشر سنين وترك الارض وقال
الابن لم تزل الارض كذلك حتى مات ابي ولحقت على خراج فالقول قول
الوصي في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قول محمد رحمه الله القول قول الصبي
واجمعوا انهما لو اختلفا والارض تصلح للزرع فالقول قول الوصي مع يمينه
لمحمد رحمه الله انه اقر بدين لم يظهر لان الحال مكذبه لقيام المانع في الحال

لم ع

الارض استفاد ع

لوصي

رب

اشكل

فلم يبق الظاهر شاهدا للوصي بل يشهد للابن لان تحكيم الحال واجب في كل امر
في الماضي كالمستاجر مع رب الطاحونه اذا اختلفا في جريان الما وانقطاعه
بحكم الحال وكما لو استاجر عبدا شهرا ليعمل له عملا فجا اخر الشهر وهو
ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المالك لا
قبل ان اتيتني بساعه فالقول قول المستاجر لان الحال يشهد له ولو جا اخر
الشهر وهو صحيح او غير ابق فالقول قول الاجر تحكيما للحال في معرفه الماضي
لابي يوسف رحمه الله ما ذكرنا انه اقر بدفع الاجره بخلاف ما اذا كانت
الارض صالحه للزراعه اما على قول ابي يوسف رحمه الله فلا اشكل واما
على قول محمد رحمه الله لان الخراج قد وجب لانهما اتفقا على تاريخ الموت وملك
الارض سبب وجوب الخراج وقد اتفقا على وجوب سبب الوجوب الا ان الوارث
يدعي معنى يسقط الخراج فلا يصدق ولانه ثبت صلاحيه الارض فيما مضى قبل
الخصومه بظاهر الحال كالثابت بالبينه حال عدم البينه والوصي لو اقام البينه
على ما ادعى يصدق في المواضع اجمع وكذا هنا ولو قال الوصي ان غلاما لك ابق
الى الشام فاستاجرت رجلا بمايه يجي به من الشام واعطيته الاجره من مالك
وكذبه الابن فالقول قول الوصي بالاجماع اما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه
لو لم يقر بالاستيجار بل قال دفعت جعل الراد كان القول قوله فاذا اقر
بالاستيجار كان اولى واما عند محمد رحمه الله فلانه اقر بالاستيجار للصبي وهو
مسلط في مال الصغير لانه فعله وفيه اصلاح ماله وقد اخبر عن ادا ما وجب
بنا على سبب يدعي مباشرته عن ولايه فاشبه الاخبار عن ادا ثمن شي يدعي
شراه في حال صغره ولو قال استهلكت لفلان مالا في صغرك واديت الضمان
من مالك وكذبه الابن لا يصدق لانه اخبر عن ادا واجب بنا على سبب لا
يدخل تحت ولايته فلا يصدق وهذا لانه اقر باداء شي من ماله من غير ان
بازايه بدلا يعدله وقيل هو على الخلاف ولو كان للابن اخ اعمى ولا مال له واليتيم
موسر فكبر الصبي فقال الوصي ان اخاك هذا الاعمى رافعني الى القاضي ففرض
عليك في مالك كل شهر خمسه دراهم فاديتها اليه ذلك عشر سنين وكذبه الابن

قيل

صل

فالقول قول الابن مع يمينه لانه لا يدخل تحت ولايته لانه غير مسلط على
الانفاق على اقاربه الا ترى انه لو انفق على اقاربه قبل فرض القاضي يضمن و
هو على الخلاف والاصح انه بالاجماع لان ابا يوسف رحمه الله انما يصدق في
ادا واجب يشبه الاعواض والاثمان وهذا لا يشبه لانها صله محضه فالحا
ان كل ما كان الوصي ماذونا فيه ويلزم ذلك في ذمته اذا اقر بقضايه من
مال الصبي صدق نحو الثمن والاجره والنفقه على الصغير وما يشبه ذلك
وكل ما يلزم الصبي دون الوصي فانه لا يصدق كبدل الجنايه واستهلاك المال
ونفقه المحارم فان هذا اقرار على الصبي بالدين لان في الاول الدين وجب
بعقده فيكون هو المطالب بقضايه والوجه الثاني وجب على الصبي وهو
غير مصدق في الوجوب عليه وجعل الابق والخراج عند محمد رحمه الله كالثاني
لانه يلزم الصبي دون الوصي لانه لم يجب بعقده وعند ابي يوسف رحمه الله كالاول
لانه وجب بايجاب الشرع كما يجب بالاستيجار الوصي على ما ذكرنا ولو قال الوصي
في جميع ذلك اديت من مالي لارجع عليك لم يصدق في شي من هذا بالاجماع
الا ببينه لانه يدعي شيا من مال الصغير وهو ينكر فيكون القول قوله وفيما
تقدم الوصي ينكر الضمان فيكون القول قوله وصار هذا بمنزله الوكيل بالبيع
اذا قال بعد موت الموكل بعت ان كان هذا العبد قايما فالقول قول الوارث
لان الوكيل يدعي ازاله العبد عن ملك الوارث والوارث ينكر ولو كان العبد
هالكا فالقول قول الوكيل لانه ينكر وجوب الضمان على نفسه ثم في كل موضع
كان القول قوله يلزمه اليمين الا ان يستحسن القاضي ان لا يستحلفه في الاشيا
الظاهره كالنفقه وغيرها لانه ظاهر لا بد منه فرغنا في قبولها واحتراز
عن التنفير صيانه لمال الميت ودفع حاجه الصغير والاعمى واحيه قياسا
وفي المبسوط اذا كان في الورثه صغار فقال الوصي انفقت على هذا كذا
وعلى هذا كذا ونفقه احدهما اكثر لانه كان اكبر سنا كان مصدقا فيما يعرف
من ذلك لانه امين والقول مع اليمين ما لم يكذبه الحقيقه او العاده والوصي
مصدق في كفن الميت فيما يكفن به مثله لانه ماذون له في كفن مثله ولو اشترى

الكفن ونقد الثمن من ماله كان له ان يرجع به في مال الميت وكذا الوارث
لانه مامون بتكفين الميت فلا يكون متبرعا كما لو اشتري الوصي او الوارث
من ماله لانه لو اشتراه مطلقا ثبت الدين في ذمته فاذا اشتراه ابتدا
بماله فقد فعل مقتضي العقد المطلق الماذون فيه والمعني فيه انه لو لم
تجز شراه يودي الي الضرر لان مال الميت ربما لا يكون حاضرا وقت الموت
او لا يكون في ماله دراهم او دنانير ولا يمكن بيع تركته في ذلك الوقت فيحتاج
الي ان يشتري الوصي او الوارث من مال نفسه فصار كالماذون بذلك من
طريق الدلالة الا يري ان الوكيل بالشري اذا اشتري ونقد الثمن من مال
نفسه لا يكون متبرعا استحسانا لما ذكرنا فكذا هذا وكذا لو قضي الوصي
او الوارث من ماله دين الميت لا يكون متبرعا وله ان يرجع في مال الميت لانه
قضي دينا هو مخاصم ويطالب به فانما عجله من ماله ليتخلص عن المطالبة التي
ادخله الموصي فيها فلم يكن متبرعا وكذا الوارث لان ما فضل من التركة له
وقد يختار بنفسه اعيانها لنفسه فيقدم الدين وهذا اذا ثبت قضا الدين
بشهادة الشهود واما اذا ظهر بقوله فلا يقبل منه لانه يريد ايجاب الضمان
علي غيره مصدق في نفي الضمان عن نفسه غير مصدق في ايجاب الضمان
علي غيره وكذا في الطعام والكسوة يرجع اذا ادي بشهادة الشهود او
كان الشرا باشهادهم لانه اذا ثبت الشري بالشهادة ثبت الدين في ذمته
وكان هو المطالب فاذا ادي من ماله فقد فعل مقتضي العقد الماذون فيه
ولا يشترط الاشهاد علي الرد من ماله او علي انه ادي من ماله ليرجع في
مال الصبي وفرق بينه وبين الاب علي جواب الاستحسان فان الاب لو
اشتري لابنه الصغير شيا وللابن مال فادي من ماله واشهد علي البيع في
القياس يرجع في مال الصغير وفي الاستحسان لا يرجع وان قال حين ادا
المال او دينه لا رجع عليه فله ان يرجع عليه وجه قياسا واستحسانا وجه
القياس انما اشتراه له بحكم الولاية وصح الشري له فكان له ان يرجع كالوصي
وجه الاستحسان ان العادة جارية ان الابا يشترون للاولاد وينقدون

الثمن من عندهم تبرعا عليهم واحسانا اليهم ولا يطمعون في الرجوع فلا
يرجع الا اذا اشهد علي الرجوع لوجود النص بخلاف العادة وفي المنتقي
رجل له ابن صغير فاشتري له ثوبا او طعاما واشهد علي ذلك انه يرجع
به عليه قال ان كان له مال يرجع بذلك عليه وان لم يكن له مال لا يرجع
عليه بشي لانه يجبر علي اطعامه وكسوته وان اشتري له عبدا او دابة
او دارا او نيطن عليه والاشهاد انه انما يرجع به عليه فانه يرجع به
عليه كان له مال او لم يكن فان اشهد لا يرجع عليه والاب اذا زوج ابنه
الصغير وضمن عنه المهر وادي قبل البلوغ او بعده فهو علي القياس
والاستحسان الا اذا اشترط الرجوع في اصل الضمان فحينيذ
يرجع لما قلنا والله اعلم

تم الجزو الثالث من شرح الجامع الكبير
بمنه وكرمه انه علي كل شي قدير
وكتبه الاخره العبد الفقير المعترف بالتقصير المحتاج الي رحمة ربه
اللطيف الخبير عبد الله بن احمد ابن علي ابن عيسي الحنفي
غفر الله ولوالديه ولمن نظر فيه ولجميع المسلمين امين امين
وكان الفراغ من نسخه يوم الاربعا ثامن وعشرين صفر سنة خمس
واربعين وسبع مايه
والحمد لله وحده وصلي الله علي سيدنا محمد واله وصحبه وسلم
وحسبنا الله ونعم الوكيل
امين امين يا رب العالمين